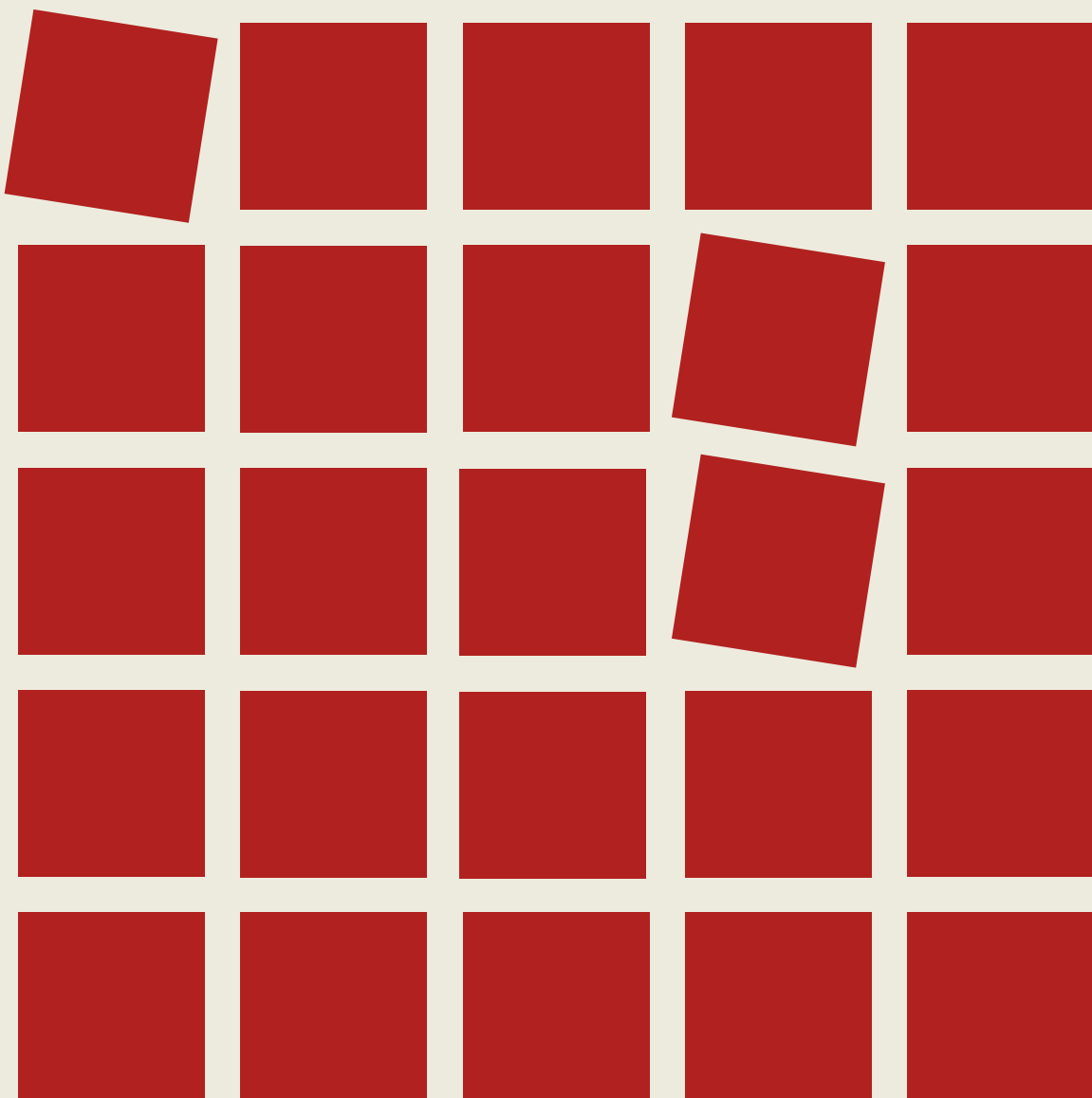
Ricerche giuridiche

ISSN 2281-6100

Vol. 6 – num. 1
Giugno 2017

Edizioni
Ca'Foscari

Ricerche giuridiche
Rivista semestrale

Direzione e redazione Dipartimento di Economia, Università Ca' Foscari Venezia San Giobbe - Cannaregio 873, Fondamenta San Giobbe, 30121 Venezia
ricerchegiuridiche@unive.it

Valutazione dei contributi I contributi inviati alla rivista *Ricerche giuridiche* sono oggetto di esame da parte del Comitato scientifico per la valutazione secondo le seguenti regole:

1 La valutazione è prevista per tutti i contributi (articoli, saggi, lavori di workshop dottorali, commenti a sentenza, ecc.).
2 Il contributo ricevuto è trasmesso in forma anonima, a cura della Direzione scientifica, ad uno o più componenti del Comitato scientifico per la valutazione, affinché i medesimi formulino il proprio giudizio compilando in via telematica l'apposito questionario. Trascorso il termine di trenta giorni dalla ricezione senza che il valutatore designato abbia formulato il giudizio, il contributo si intende da questi approvato.
3 La valutazione è calibrata sul genere letterario del contributo, e quindi sulla diversa funzione del saggio, della rassegna di giurisprudenza, del commento a sentenza.
4 In presenza di pareri dissenzienti, la Direzione può assumersi la responsabilità scientifica di procedere comunque alla pubblicazione, ma con indicazione del parere contrario dei valutatori interpellati. Ove invece dalle valutazioni emerga un giudizio positivo condizionato (a revisione, integrazione o modifica), la Direzione scientifica promuove la pubblicazione del contributo solo a seguito del suo adeguamento alle indicazioni ricevute dai valutatori, assumendosi la responsabilità della verifica.
5 In ciascun fascicolo della rivista sarà indicato, in ordine alfabetico, l'elenco dei membri del Comitato scientifico per la valutazione che hanno effettuato la valutazione dei contributi pubblicati.
6 La Direzione scientifica della Rivista si riserva la facoltà di valutare autonomamente i contributi di alti esponenti delle istituzioni e i supplementi che raccolgano gli atti di convegni.

Ricerche giuridiche
Vol. 6 – Num. 1 – Giugno 2017

[online] ISSN 2281-6100

Sommario

SAGGI

PAPERS

URL http://ecf.unive.it/it/edizioni/riviste/ricerche-giuridiche/2017/1/
DOI 10.30687/Rg/2281-6100/2018/13

Ricerche giuridiche
Vol. 6 – Num. 1 – Giugno 2017

e-ISSN 2281-6100

Il correttivo del codice dei contratti pubblici

Chiara Cacciavillani
(Professore ordinario di Diritto amministrativo nell'Università di Padova)

1 Premessa

Il d.lgs. n. 56/2017 è fonte integrativa e correttiva del codice dei contratti pubblici[1], introdotto con il d.lgs. n. 50/2016; il c.d. correttivo reca migliaia di disposizioni che vanno necessariamente lette in combinato disposto con quelle del codice che vi sono corrette o integrate.

Il *corpus* normativo che ne deriva assume una connotazione peculiare, anche sul piano funzionale, a fronte delle vicissitudini proprie del sistema normativo previgente. Ognuna delle disposizioni ora vigenti è frutto di percorsi sovente tortuosi e a elevato tasso di tecnicismo, ripercorrere i quali potrebbe essere concretamente utile e anzi finanche necessario per una compiuta esegesi della singola disposizione o del singolo gruppo omogeneo di disposizioni riferiti a una medesima figura giuridica.

Nondimeno può risultare di maggiore interesse, quanto meno in prima battuta, comprendere la genesi del c.d. correttivo e quali siano le dinamiche interne della disciplina di rango legislativo che gli operatori si trovano a dover fronteggiare.

L'antecedente giuridico immediato del vigente codice dei contratti pubblici è il d.lgs. n. 163/2006, che raggruppava norme sparse nell'ordinamento nazionale, introdotte per stratificazioni successive e spesso per ragioni congiunturali, perseguendo l'obiettivo – *inter alia* – di coordinarle con l'euro-diritto, a sua volta spesso magmatico e alluvionale.

L'esperienza maturata nel vigore delle discipline previgenti non è stata

1 Così chiamato nel lessico corrente, ma denominato dal legislatore come «attuazione delle direttive 2013/23 Ue, 2014/24/Ue e 2014/25 UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture».

DOI 10.30687/Rg/2281-6100/2018/01/001
Submitted: 2018-02-23 | Accepted: 2018-03-23

delle più felici: il d.lgs. n. 163/2006 ha subito ben 52 modificazioni nell'arco di dieci anni e ciò ha determinato una situazione di radicale incertezza negli operatori, i quali si sono trovati a dover seguire percorsi operativi, e ad assumere decisioni concrete, sulle sabbie mobili di una disciplina strutturalmente rigida[2] ma continuamente modificata, assoggettata a input diversi e di diversa origine, sovente interpretata in modo ondivago dalla giurisprudenza.

L'esperienza concreta mostra che, su numerose e certo non irrilevanti questioni, lo strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia è divenuto di frequentissimo impiego, anche per "scavalcare" soluzioni elaborate, relativamente a esse, finanche dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con inevitabili ripercussioni non solo sui modi ma anche sui tempi di definizione delle liti, oltre che sulla tenuta della filiera di nomofilachia di diritto nazionale[3]. A scapito, naturalmente, sia del principio del giusto processo, nell'accezione di processo a durata ragionevole, sia del c.d. principio di certezza del diritto.

Nel contempo, il d.lgs. n. 163/2006, pur con le innumerevoli modifiche e integrazioni a esso via via apportate dal legislatore, presentava deficit strutturali e contenutistici e autentici buchi neri interpretativi[4], divenuti il terreno di elezione di contrasti giurisprudenziali, i quali a loro volta hanno reso sempre più impellente il tema – e il problema – dell'impatto delle decisioni del giudice amministrativo sull'operato delle amministrazioni[5].

2 Perché introdotta con atto avente forza di legge, e in quanto tale impermeabile a modificazioni ad opera di atti privi di tale forza.

3 Cfr., paradigmamente, il rinvio pregiudiziale di C.g.a.R.S., ord. n. 848/2013, in dissonanza da Ad. plen. n. 9/2014, in tema di decidibilità di ricorso principale e di ricorso incidentale escludenti nel contenzioso relativo a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, cui ha fatto seguito Corte giust. 5 aprile 2016, C-689/13, Puligenica c. Argest, e su cui, di recente, Cons. Stato, Sez. III, n. 3708/2016. Sul tema, da ultimo, cofr. Sez. un., n. 31226/2017.

4 Basti pensare a quello di recente posto in luce da Cons. Stato, Sez. III, n. 5294/2017, che, con stigma esteso per vero anche alla disciplina del codice dei contratti pubblici oggi vigente, osserva che «il tema della finanza di progetto implica la soluzione di questioni molto complesse sul piano giuridico, funzionale, amministrativo, economico e processuale, anche perché solo adesso stanno venendo al pettine molte problematiche finanziarie, gestionali e operative di precedenti esperimenti di project financing», e che «il vero problema è che, sul punto, la normativa che si è succeduta nel tempo non appare di grande chiarezza sistematica e si presta a interessate interpretazioni ondivaghe».

5 Ne è un esempio la vicenda sottostante al caso deciso da Ad. plen. n. 2/2017, in cui un'amministrazione, dopo aver aggiudicato un appalto alla ditta prima classificata, è intervenuta in autotutela sull'aggiudicazione e, scorrendo la graduatoria, ha disposto l'aggiudicazione in favore della ditta seconda classificata. L'impresa prima graduata, colpita dalla revoca dell'aggiudicazione, ha adito vittoriosamente il T.a.r. e l'amministrazione, in esecuzione della sentenza di primo grado, ha a essa aggiudicato in via definitiva l'appalto. La seconda graduata, divenuta prima a seguito della revoca originariamente disposta dall'amministrazione nei confronti della prima, ha appellato al Consiglio di Stato la sentenza di accoglimento del ricorso di quest'ultima e conseguito vittoria. Risulta così definitivamente

Un esempio, tra i molti che si potrebbero fare, di questione banale lasciata irrisolta dal d.lgs. n. 163/2006, ma di notevole impatto sulla vita delle amministrazioni e delle imprese: una volta che il giudice amministrativo annulli l'aggiudicazione di un appalto per un vizio che determina la riedizione delle operazioni di valutazione delle offerte, queste possono essere svolte dalla medesima commissione di gara o devono essere svolte da una commissione diversa? La giurisprudenza del giudice amministrativo sul punto era divisa, sia fra i vari T.a.r. sia fra le diverse Sezioni del Consiglio di Stato: con il non irrilevante effetto che le pubbliche amministrazioni, ogni volta che l'annullamento dell'aggiudicazione disposta dal giudice amministrativa imponeva il rifacimento delle procedure valutative, non sapevano in concreto come condursi[6].

Il d.lgs n. 163/2006, in definitiva, ci ha consegnato un insieme di regole frammentate e un mondo devastato, anche per la costante difficoltà di individuare lo spezzone normativo da applicare *ratione temporis* a una singola fattispecie[7].

Su questo contesto sono intervenute – con un ulteriore impatto destabilizzante sulla sua possibile tenuta futura – le direttive dell'Unione europea del 2014[8], delle quali naturalmente si imponeva il recepimento a opera degli Stati membri.

L'idea di un nuovo codice è sorta quindi dalla necessità di sopperire alle difficoltà, pragmatiche e sistematiche, derivanti dalla disciplina in allora vigente, nonché dalla necessità di tempestivo recepimento delle direttive europee.

A ciò si è proceduto con una legge di delegazione legislativa – la n. 11/2016 – che impone(va) il riordino della disciplina tenuto conto sia delle nuove direttive, sia della giurisprudenza formatasi nel vigore del d.lgs. n. 163/2006; alla legge delega è stata data attuazione con il d.lgs. n. 50/2016, assoggettato peraltro dalla stessa legge di delega a un intervento correttivo – sempre tramite decreto legislativo – da emanare entro un anno dalla sua entrata in vigore.

accertato il suo diritto all'aggiudicazione e al contratto ma, *medio tempore*, esso ha avuto integrale esecuzione e non può quindi conseguire l'utilità materiale per ottenere la quale ha vittoriosamente agito in giudizio.

6 A questo specifico problema fa fronte, almeno apparentemente, l'art. 77 d.lgs. n. 50/2016.

7 Cfr. ad es. l'imponente sforzo ermeneutico profuso da Cons. Stato, Sez. III, n. 975/2017 per risolvere la controversia sottopostagli – con *ratio decidendi* innovativa decisamente apprezzabile – alla luce della disciplina applicabile *ratione temporis* ma ormai superata da sopravvenienze legislative.

8 Si tratta delle ben note direttive UE nn. 23, 24 e 25.

2 Possibili dubbi di costituzionalità della legge di delega

Questa essendo la strada prescelta dal legislatore per la ridisciplina della materia, è opportuno indagare in primo luogo quali sono le regole che presiedono all'esercizio della delega legislativa.

Ai sensi dell'art. 76 Cost., il Parlamento può delegare il Governo all'esercizio della potestà legislativa individuandone i tempi, i principi e i criteri direttivi. Per consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale, se il Governo non rispetta i tempi o viola i principi e criteri direttivi fissati con la legge di delega, il decreto legislativo delegato si pone fuori dall'orbita della costituzionalità.

Il rischio di incostituzionalità per "difformità" dalla legge di delega, in una materia come quella in esame, è particolarmente forte ove si consideri la struttura del giudizio di costituzionalità possibile relativamente a essa. Siamo infatti nella «materia» della concorrenza[9], che appartiene alla potestà legislativa statale esclusiva: ne consegue che gli eventuali profili di illegittimità costituzionale del decreto legislativo non potranno, per solito, essere fatti valere in via immediata mediante lo strumento del ricorso promosso in via principale dalle Regioni[10] e saranno suscettibili di emergere, sempre per solito, unicamente in sede di giudizio incidentale di costituzionalità promosso da un'autorità giudiziaria chiamata a dirimere una lite nella quale si ponga, e sia rilevante, la questione di legittimità costituzionale di una norma recata dal decreto legislativo di cui quell'autorità giudiziaria ritenga fondato il dubbio di legittimità costituzionale perché esorbitante dai limiti temporali, dai criteri direttivi o dai principi della legge di delega. La questione dunque potrebbe porsi in un momento futuro non definibile e a disciplina legislativa (delegata) vigente e applicata da anni: e va da sé che il suo accoglimento potrebbe determinare il travolgimento *in parte qua* del decreto legislativo.

Tanto il d.lgs. n. 50/2016 quanto il d.lgs. n. 56/2017 (il c.d. correttivo) scontano l'incertezza – quanto a tenuta costituzionale della disciplina con essi introdotta – derivante dagli importanti profili per i quali è possibile dubitare della loro piena conformità alla legge di delega: essi sono esposti, cioè, sia pure *in parte qua*, al rischio di essere dichiarati incostituzionali per violazione della legge di delega.

9 La quale, per la compatta giurisprudenza della Corte costituzionale, è però una non materia, o materia trasversale.

10 Per Giurisprudenza costituzionale pacifica, «le Regioni possono evocare parametri di legittimità diversi da quelli che sovrintendono il riparto di attribuzioni solo quando la violazione denunciata sia potenzialmente idonea a determinare una lesione delle attribuzioni costituzionali delle Regioni e queste abbiano sufficientemente motivato in ordine ai profili di una possibile ridondanza della predetta violazione sul riparto di competenze (Corte cost., *ex multis* sent. n. 251/2016, § 2.1. del *considerato in diritto*).

A dirlo, con riferimento al d.lgs. n. 50/2016, è il Consiglio di Stato nel parere reso dall'Adunanza della Commissione speciale n. 782/2017, formulato in funzione dell'emanazione del d.lgs. n. 56/2017. Ivi il Consiglio di Stato ha posto in chiara evidenza che, ai sensi della legge di delega, il Governo era tenuto ad adottare il d.lgs. n. 50/2016 previo parere del Consiglio di Stato. In effetti, lo schema di d.lgs. del 2016 è stato trasmesso al Consiglio di Stato per l'acquisizione del parere prescritto dalla legge, sennonché il testo pubblicato in Gazzetta ufficiale contiene disposizioni non recate dallo schema trasmesso al Consiglio di Stato, sulle quali questo, pertanto, non ha reso il parere necessario.

Il d.lgs. n. 50/2016 contiene dunque alcune disposizioni emanate in violazione delle regole stabilite dalla legge di delega, perché su di esse non è intervenuto il parere del Consiglio di Stato: tali disposizioni sono quindi esposte al rischio di declaratoria di incostituzionalità.

Si tratta di rischio che si riverbera anche sulla stabilità potenziale del decreto correttivo: non può assumersi per pacifico che la problematicità del d.lgs. n. 50/2016 sia elisa dal fatto che il parere del Consiglio di Stato sia intervenuto sullo schema di correttivo: residuano disposizioni originarie, *non* assoggettate all'intervento correttivo, emanate senza che su di esse sia stato previamente assunto il parere, necessario, del Consiglio di Stato.

Il Consiglio di Stato non specifica analiticamente quali sono le disposizioni del d.lgs. n. 50/2016 che soffrono del deficit che esso pone in evidenza: sarà quindi compito degli operatori del diritto scovarle, attraverso un minuzioso controllo del contenuto dello schema di decreto, del parere del Consiglio di Stato e del decreto pubblicato in Gazzetta ufficiale.

E va da sé che l'alert lanciato dal Consiglio di Stato è sufficientemente potente, e persuasivo, per indurre una siffatta operazione, dalla quale potrebbe risultare minata, non si sa con quale impatto concreto, la tenuta della disciplina di rango legislativo.

3 Natura e funzione dei decreti c.d. correttivi

La genesi del decreto correttivo è, come dicevo, nella legge di delega, la quale prevede che il Governo, entro un anno dall'entrata in vigore del decreto n. 50/2016, possa emanare un decreto (legislativo) correttivo e integrativo.

L'interprete deve dunque, in via preliminare, interrogarsi in ordine alla natura del decreto legislativo correttivo e integrativo.

Questa *species* di decreti legislativi non è prevista dalla Costituzione, ma la prassi ordinamentale degli ultimi anni ne ha visto un uso diffuso e avvallato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, secondo la quale è possibile che la legge di delega conferisca al Governo «la possibilità di esercitare nuovamente la potestà delegata entro un determinato termine

decorrente dall'entrata in vigore dei decreti legislativi con i quali si è esercitata la delega "principale"»[11].

La Corte costituzionale precisa che la potestà "ulteriormente" delegata, da esercitare cioè a valle dell'esercizio della delega "principale", ha i «fini di correggere – cioè di modificare in qualche sua parte – o di integrare la disciplina legislativa delegata» e che essa deve osservare i «medesimi criteri e principi direttivi operanti per la delega "principale", e con le stesse garanzie procedurali (pareri, intese)».

Precisa ancora la Corte che «siffatta procedura si presta a essere utilizzata soprattutto in occasione di deleghe complesse, il cui esercizio può postulare un periodo di verifica, dopo la prima attuazione, e dunque la possibilità di apportare modifiche di dettaglio al corpo delle norme delegate, sulla base anche dell'esperienza o di rilievi ed esigenze avanzate dopo la loro emanazione, senza la necessità di far ricorso a un nuovo procedimento legislativo parlamentare, quale si renderebbe necessario se la delega fosse ormai completamente esaurita e il relativo termine scaduto. Nulla – specifica la Corte – induce a far ritenere che siffatta potestà delegata possa essere esercitata solo per "fatti sopravvenuti": ciò che conta, invece, è che si intervenga solo in funzione di correzione o integrazione delle norme delegate già emanate, e non già in funzione di un esercizio tardivo, per la prima volta, della delega "principale" ».

La c.d. delega correttiva è dunque senz'altro possibile, ma tanto la previsione di essa in sede di legge di delega quanto il suo esercizio incontrano alcuni limiti, sostanziali e procedurali, posti in chiara evidenza dalla Corte costituzionale e sui quali più volte si è analiticamente soffermato il Consiglio di Stato, in sede sia di Adunanza generale sia di Sezione normativa[12].

Innanzi tutto la c.d. delega correttiva trova la sua giustificazione «soprattutto [ma, evidentemente, non solo] in occasione di deleghe complesse»: che quella conferita al Governo con la l. n. 11/2016 sia una delega complessa, non è revocabile in dubbio: e dunque, sotto il profilo causale la previsione della legge di delega di un futuro correttivo appare giustificata.

La legge di delega, poi, deve fissare l'arco temporale entro cui è possibile l'esercizio della delega c.d. correttiva e integrativa; che la legge di delega abbia fissato il limite temporale per l'esercizio della delega correttiva, e che questo sia stato rispettato dal Governo, è del pari certo.

L'esercizio della delega correttiva deve inoltre rispettare i medesimi criteri e principi direttivi operanti per la delega "principale", e rispettare inoltre le medesime garanzie procedimentali previste per questa. Ciò è

11 Così Corte cost., sent. n. 206/2001, par. 5 del *considerato in diritto*. Dalla medesima sentenza sono tratte le citazioni che seguono.

12 I riferimenti sono recati nel parere del Consiglio di Stato, Commissione speciale, n. 782/2017, reso sullo schema di decreto correttivo: Ad. gen., n. 1/2007; Sez. normativa, n. 2660/2007; Sez. normativa, n. 3838/2007; Sez. normativa, n. 2602/2011.

ragionevole, perché se i limiti sostanziali e procedurali sanciti dalla legge di delega non possono essere violati dalla decretazione delegata “principale”, men che meno essi sono suscettibili di trasgressione ad opera della decretazione delegata avente funzione meramente correttiva del *corpus* normativo già posto e vigente.

Dalla giurisprudenza della Corte costituzionale – e dalla lettura che a essa è stata data in particolare dal Consiglio di Stato – si ricava però che la c.d. delega correttiva è diretta ad apportare «modifiche di dettaglio al corpo delle norme delegate» (già emanate), «dopo la prima attuazione» di queste, «sulla base anche dell’esperienza o di rilievi ed esigenze maturate dopo la loro emanazione»: la funzione della c.d. delega correttiva e integrativa consiste dunque nel correggere o integrare le norme delegate già emanate, né essa può avere il contenuto di esercizio, per la prima volta, della delega “principale”.

Sul *clare loqui* della Corte costituzionale si è formato il convincimento – espresso limpidamente dal Consiglio di Stato nel parere reso sullo schema di correttivo – che il decreto correttivo deve mantenersi nel solco del decreto legislativo “principale” e non può riformare scelte che in esso siano recate, perché il correttivo è strumento utile, e utilizzabile, non già per «riformare la riforma», bensì per correggere o integrare la riforma introdotta con il decreto “principale”. Il correttivo, detto altrimenti, non è la sede dei ripensamenti del legislatore delegato: se il Governo ritiene di doverli operare, esso è tenuto – beninteso, ove ulteriormente delegato – a introdurre un’altra riforma, non potendo stravolgere in sede di correttivo l’impianto normativo già posto in essere nell’esercizio della delega originariamente conferitagli. La possibilità per il decreto correttivo di intervenire sul decreto “principale” appare dunque limitata: e a venire in gioco è un limite funzionale del correttivo, quale delineato dalla Corte costituzionale.

Un ulteriore limite proprio della tecnica della c.d. delega correttiva, anch’esso funzionale e anch’esso rinvenibile nella *ratio* della legge di delega che preveda la possibilità di decreti correttivi o integrativi, è che questi possono assolvere alla funzione di correggere o integrare la disciplina legislativa delegata “principale” *dopo un primo periodo di sperimentazione*.

Entrambi i limiti funzionali propri della tecnica della delega correttiva, e di conserva del decreto correttivo n. 56/2017, non possono ritenersi integralmente e pienamente rispettati avuto riguardo sia a taluni dei contenuti del correttivo, sia, sul piano generale, ai tempi fissati per l’esercizio della delega correttiva.

Sotto il primo profilo, il Consiglio di Stato, nel parere espresso sullo schema di correttivo, rileva che alcune delle sue previsioni non sono integrazioni o correzioni del decreto delegato di base, ma veri e propri cambiamenti di rotta: i quali, però, non si prestano a essere introdotti con un mero correttivo.

Di cambiamento di rotta il Consiglio di Stato parla con riferimento alla

ri-disciplina del sub-appalto recata dallo schema di correttivo, nonché con riferimento alle modifiche introdotte alle procedure di affidamento per i servizi sociali (di cui all'All. 9 d.lgs. n. 56/2017). Con riguardo a questi ultimi, il Consiglio di Stato osserva che il d.lgs. n. 50/2016 aveva operato una scelta specifica: mentre nel campo dei servizi sociali le procedure europee lasciavano spazi di manovra alla legislazione nazionale per predisporre procedure di affidamento e scelta del contraente più «leggere» rispetto al modello ordinario, il d.lgs. n. 50/2016 ha ritenuto di estendere la procedura ordinaria in modo uniforme anche ai servizi sociali. Si tratta di una scelta di sistema del codice, che investe un intero settore oggetto di regolamentazione. Sennonché il correttivo, nell'ambito dei servizi sociali, ne estrapola una *species*, predisponendo per questa un regime semplificato, mentre per gli altri lascia immutata l'applicazione della procedura ordinaria. Il parere del Consiglio di Stato è che ciò non possa essere fatto in sede di correttivo, in quanto si tratta di un evidente «cambiamento di rotta» rispetto alla scelta di sistema operata con il d.lgs. n. 50/2016. Non solo. Il Consiglio di Stato stigmatizza che la suddivisione dei servizi sociali in *species* distinte è priva di una chiara ragione, apparendo in definitiva estemporanea. Si noti che, nonostante lo stigma del Consiglio di Stato sullo schema di decreto correttivo, questo, nel testo poi approvato ed entrato in vigore, reca la segmentazione dei servizi sociali in due *species* (art. 140, commi da 5-*bis* a 5 *nonies* del codice, come riformulato dal correttivo).

Ritengo di dover rimarcare che il Consiglio di Stato reputa che simili cambiamenti di rotta rispetto al codice originario sia di dubbia costituzionalità: ed è presumibile che gli operatori abbiano già elaborato ricorsi, i cui motivi sono già stati scritti dal Consiglio di Stato.

Si tratta soltanto di due modesti esempi, rilevanti però sul terreno operativo, di ambiti relativamente ai quali il correttivo ha trasbordato dalla funzionalità ordinariamente propria dei correttivi, così ipotecando la propria stabilità (per il rischio di incostituzionalità che vi è insito).

Il correttivo appare deficitario anche al cospetto del secondo dei limiti funzionali dei decreti correttivi che ho sopra compendiato: la *ratio* della loro possibile emanazione (che beninteso deve essere recata dalla legge di delega) consiste nel consentire, dopo un primo periodo di sperimentazione, gli aggiustamenti e i correttivi del decreto delegato "principale" che si rivelino necessari o finanche opportuni a seguito di una prima applicazione operativa di questo, ovvero «dell'esperienza o di rilievi ed esigenze avanzate dopo la [sua] emanazione»[13].

A questo proposito, il parere del Consiglio di Stato evidenzia che dal momento dell'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016 all'emanazione del correttivo non è passato un arco temporale sufficiente a consentire la spe-

13 Cfr. Corte cost., sent. n. 206/2001, par. 5 del *considerato in diritto*.

rimentazione pratica necessaria per comprendere cosa fosse necessario correggere o integrare.

A essere così posto in luce è un deficit strutturale della stessa legge di delega, per aver questa assegnato al legislatore delegato un arco temporale troppo breve per l'emanazione del correttivo: il Governo era bensì vincolato a emanare il correttivo entro l'arco temporale fissato dalla legge di delega, ma quell'arco temporale era troppo esiguo per consentire al correttivo di svolgere la funzione ad esso propria.

Il deficit strutturale della legge di delega si riverbera dunque in deficit funzionale del correttivo.

E sembra chiaro che ciò mina in profondità la riforma del 2016-2017, ipotecando la ragionevolezza, la bontà, l'efficienza e l'efficacia dell'operazione normativa perseguita dal legislatore sin dalla legge di delega.

4 Possibile deficit strutturale della riforma 2016-2017

Il deficit strutturale della riforma, apprezzabile in special modo sotto il profilo della inidoneità del correttivo ad assolvere alla funzione a esso propria, appare evidente sotto un ulteriore profilo, anch'esso posto in luce dal parere reso dal Consiglio di Stato sullo schema di correttivo.

E infatti, come rileva il Consiglio di Stato nel parere sul decreto correttivo[14], il d.lgs. n. 50/2016 abbandona il modello della regolamentazione di attuazione compatta, imperniato sull'integrazione della disciplina legislativa di base con un regolamento unitario di attuazione (modello seguito invece con il d.lgs. n. 163/2006 e relativo regolamento di attuazione), e introduce il modello della regolazione attuativa affidata a una pluralità di autorità diverse, alle quali è sovente demandato il compito di emanare atti attuativi di tipo c.d. flessibile: al criterio gerarchico si è, cioè, fortemente combinato il criterio della settorialità e della competenza settoriale, affidata ad autorità terze (taluna delle quali denominata indipendenti) ed esercitata con strumenti c.d. di *soft law*[15].

Nell'effettuare tali scelte il d.lgs. n. 50/2016 risponde a input derivanti in parte dal diritto europeo e dall'avvertita necessità che gli atti necessari

14 Cfr. § 1.2.

15 Spunti al riguardo in F. Sorrentino, *Il sistema delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Le fonti del diritto amministrativo*, Annuario A.i.p.d.a. 2015, Napoli, 2016, pp. 1 ss, il quale osserva «il declino della legge, come fonte di norme generali, astratte e soprattutto stabili nel tempo (sì da poter rappresentare per i singoli e per gli operatori economici un affidabile parametro di orientamento per le proprie attività)» e la corrispondente tendenziale preferenza per un «flessibilità normativa di *soft law*, che dovrebbe produrre efficienza e legalità, ma che è invece destinata ad accrescere il tasso di discrezionalità normativa e amministrativa, fonte sicura di incertezze e arbitrii.».

per l'attuazione del *corpus* normativo di rango legislativo avvenga per blocchi disciplinari specifici. La scelta di un modello di regolazione attuativa affidata a strumenti flessibili risponde poi, oltre che a un trend ormai diffuso, a esigenze pratiche, perché la rigidità strutturale delle norme diverse da quelle c.d. flessibili rappresenta sovente la causa di difficoltà di loro celere adattamento a contingenze o bisogni di nuova emersione: di qui la preferenza per modelli di atti attuativi che siano, anche sotto il profilo temporale, agevolmente modificabili e non dotati di rigida vincolatività (e cioè, come talora si dice, *soft*).

Si può senz'altro convenire sulla opportunità, finanche sulla necessità, del passaggio dal modello di una normativa attuativa unica, compatta e assoggettata a meccanismi rigidi, e dispendiosi in termini temporali, di modificazione-adattamento a situazioni nuove o non previste, a una regolamentazione attuativa per settori e connotata in termini di maggiore fluidità, elasticità, possibilità di rapida modificazione.

Si può anche prendere atto dell'entusiasmo del legislatore delegato nei confronti di strumenti c.d. di *soft law*, quali sono, secondo un'opinione diffusa, le linee guida, ma non si può trascurare che sono sempre più percepibili, una volta «assopita l'entusiastica retorica della persuasione, i segni dell'intervento giurisdizionale su atti sin lì designati o designabili come privi di efficacia vincolante e/o privi di sanzione: fenomeno che viene oramai correntemente definito come di "indurimento" del *soft law*»[16].

La stessa efficienza del paradigma attuativo per settori e con strumenti flessibili è condizionata inoltre dalla limpidezza del quadro legislativo da attuare e dal suo atteggiarsi a *corpus* disciplinare omogeneo; dovrebbe in ogni caso essere evitata la frammentazione dello strumentario attuativo in una pluralità di atti promananti da una pluralità di soggetti istituzionali, il cui reperimento e il cui coordinamento è suscettibile indurre in capo agli operatori proprio quelle difficoltà decisionali che il paradigma attuativo per settori e affidato a strumenti flessibili vorrebbe invece eliminare.

Si è però calcolato – lo ricorda sempre il Consiglio di Stato nel suo parere sullo schema di correttivo – che l'attuazione del d.lgs. n. 50/2016 richiedeva 53 atti attuativi necessari alla sua operatività, ai quali si aggiungono ulteriori due atti attuativi introdotti dal correttivo: l'iper-regolazione in funzione attuativa è, perciò, tratto connotante la riforma del 2016-2017.

Nel nostro caso, il mutamento di paradigma – da uno strumento di regolazione attuativa unitario e compatto, tramite d.p.r., a una pluralità di strumenti eterogenei e flessibili – poggia su un *corpus* legislativo di per sé e per larghi tratti dotato di scarsa chiarezza e suscettibile di una pluralità di interpretazioni contrapposte: tale dunque da esporre gli atti di attua-

16 Così M. Mazzamuto, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Le fonti del diritto amministrativo*, cit., 193 ss., qui 242.

zione a critiche di arbitrarietà per aver prescelto una piuttosto che altra delle contrapposte interpretazioni possibili della disposizione da attuare, oppure per aver introdotto regole attuative non indotte dal tenore delle disposizioni legislative da attuare e perciò prive di copertura legislativa.

Non solo: il mutamento di paradigma quanto all'attuazione delle disposizioni di rango legislativo è stato realizzato con la previsione di una pluralità di atti attuativi affidati alla competenza di una pluralità di soggetti istituzionali diversi, tutti appartenenti al novero delle amministrazioni pubbliche e tutti perciò esposti al rischio di essere travolti dall'intervento costitutivo del giudice amministrativo, ove li ritenga illegittimi vuoi per contrasto con la fonte di rango legislativo, vuoi per contrasto con i principi di ragionevolezza o di proporzionalità[17].

Quanto alla frammentazione degli strumenti attuativi, il Consiglio di Stato osserva, nel parere reso sullo schema di correttivo, che il d.lgs. n. 50/2016 ne delinea almeno quattro *species*: le linee guida[18], vari decreti del Ministero delle infrastrutture, decreti interministeriali, alcuni di concerto e altri no, deecreti del Presidente del Consiglio dei ministri.

Il quadro degli atti necessari per l'operatività del sistema tuttavia non si esaurisce nelle quattro *species* di atti attuativi sopra ricordati, emergendone, dalla disciplina posta dal d.lgs. n. 50/2016, almeno altre due tipologie.

Il d.lgs. n. 50/2016 infatti prevede che A.n.a.c. abbia anche il potere di definire la propria struttura organizzativa e procedimentalizzare l'esercizio dei propri poteri: l'esercizio dei poteri di auto-regolamentazione presuppone peraltro l'adozione di atti di auto-regolamentazione, per i quali la legge richiede l'acquisizione del parere del Consiglio di Stato. Va da sé che la sola procedimentalizzazione dell'esercizio dei poteri di A.n.a.c. postula un arco di tempo non breve per essere disciplinata, a scapito quindi della possibilità di immediato esercizio di quei poteri e così, e di conserva, di celere entrata a regime del sistema delineato dal d.lgs. n. 50/2016.

17 Del resto, come osserva ancora M. Mazzamuto, *L'atipicità delle fonti*, cit., p. 245, «soltanto il fervore ideologico degli innovatori o la pura ingenuità o ancora la scarsa sensibilità per la tutela dei cittadini di fronte ai pubblici poteri potevano lasciar pensare che siffatto nuovo fenomeno fosse risolvibile nell'elusione di una grandiosa tradizione, uno dei pezzi più pregiato delle garanzie costruite dalla civiità giuridica moderna, e cioè il diritto amministrativo». Vero è, osserva lo studioso, che quel patrimonio è oggi esposto a pericoli perché «la spinta all'efficienza che deriva dalla competitività... pretende di intaccare le garanzie dello Stato di diritto (amministrativo), prospettando pubblici poteri che hanno solo da raggiungere risultati e che si preferirebbe così, avventuristicamente, affrancare dal sindacato del giudice amministrativo». Il quale, aggiungo, non sempre dà mostra di essere insensibile alla spinta all'efficienza.

18 Le quali sono di diversa tipologia e diversa – e talora incerta – denominazione: il d.lgs. n. 50/2016 parla di linee guida vincolanti, di linee guida non vincolati, di linee guida «generali», di linee guida «comunicate», senza che si possa comprendere quale figura giuridica sia di volta in volta evocata. Competenti all'emanazione di linee guida, poi, sono A.n.a.c. e vari Ministeri.

Non sono infrequenti poi le ambiguità interpretative delle norme del decreto attributive di poteri ad A.n.a.c., né quelli in cui si registrano difformità di vedute tra le convinzioni di A.n.a.c. e il Consiglio di Stato, in sede di parere, in merito a ciò che la legge consenta oppure no ad A.n.a.c.[19]

Ulteriore atto di competenza di A.n.a.c., definito nella legge come «linee guida», è la fissazione dei costi standard, dei quali il Consiglio di Stato rileva non essere chiara né la natura giuridica né la forza, né il coordinamento con i c.d. prezziari regionali di cui all'art. 213 del codice.

L'ambiguità e l'incertezza che ne derivano non sono certo di poco rilievo.

5 Distonia funzionale del decreto correttivo

dati sopra compendiati, posti in luce dal Consiglio di Stato nel parere reso sullo schema di correttivo, sono significativi di per sé, e dal punto di vista pratico sono tali da rendere del tutto prevedibile già ai nastri di partenza, ossia al momento dell'elaborazione del decreto legislativo "principale", che una tale mole di atti attuativi non avrebbe potuto essere emanata, nel rigoroso rispetto dei procedimenti stabiliti dalla legge, entro un anno dalla sua entrata in vigore.

E così infatti è stato: dopo un anno dall'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016 era stata emanata soltanto una piccola frazione degli atti necessari per la sua attuazione e dunque per l'operatività del sistema da esso introdotto. Detto altrimenti, la macchina era ancora ben lungi dal funzionare.

Va da sé pertanto che, allo scadere del primo anno di vigenza del d.lgs. n. 50/2016, non era neppure ipotizzabile un'applicazione pratica della disciplina con esso introdotta che fosse tale da consentire di evidenziare i problemi attuativi suscettibili di essere risolti con il correttivo.

La conseguenza è che il correttivo è inidoneo ad assolvere alla sua funzione: esso è (avrebbe dovuto essere) deputato a correggere le carenze applicative di un sistema che, nella sua compiutezza, non è mai divenuto operativo.

Sotto il profilo del metodo, poi, un'operazione volta a correggere o a integrare disposizioni la cui inadeguatezza sia rilevate in sede di sua applicazione, postula che si proceda, previamente, al monitoraggio sull'ap-

19 Basti considerare i rilievi svolti dal Consiglio di Stato, Commissione speciale, n. 282/2017, con riferimento alle originarie linee guida di A.n.a.c. per l'iscrizione nell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house: elenco, con correlato potere di A.n.a.c. di disciplinare con apposite linee guida l'iscrizione a esso, previsto dall'art. 192 d.lgs. n. 50/2016. Il caso è curioso e merita di essere ricordato: le linee guida originarie prevedevano che dalla data di cancellazione dall'elenco i contratti già aggiudicati devono essere revocati e affidati con procedure di evidenza pubblica; nel parere reso in argomento, il Consiglio di Stato aveva rilevato che la previsione delle linee guida era priva di copertura legislativa…

plicazione della regolazione vigente, alla valutazione di impatto di questa (v.i.r.) e all'analisi di impatto della regolazione da introdurre (a.i.r.).

Il Consiglio di Stato, nel parere sullo schema di correttivo, rileva che nulla di tutto questo è stato realmente fatto: la v.i.r. si è risolta in un'indagine parlamentare e in una consultazione dei r.u.p. di stazioni appaltanti, manca l'analisi di un qualsiasi legame tra eventuali criticità emerse in sede di applicazione del d.lgs. 50/2016 e le modificazioni introducende, le quali sono prive di alcuna indicazione e analisi degli indicatori.

La carenza, alla base del decreto correttivo, di processi istruttori, e in particolare di v.i.r. e di a.i.r., non è rilevata dal Consiglio di Stato per mero spirito critico, ma perché ha ricadute rilevantissime su taluna delle scelte compiute dal Governo in sede di correttivo e sulla loro reale genesi, non riconducibile alle funzioni proprie di un decreto correttivo.

Ciò è a dirsi – tra i molti esempi che si potrebbero fare – in tema di allocazione del rischio e di equilibrio economico e finanziario nelle concessioni (art. 165 d.lgs. n. 50/2016): il codice *ante* correttivo stabiliva che, per il raggiungimento di detto equilibrio, l'amministrazione poteva stabilire in sede di gara anche un contributo pubblico non superiore al 30% del costo complessivo dell'investimento; il correttivo modifica la soglia percentuale del contributo pubblico possibile. elevandola dal 30 al 49%. Il Consiglio di Stato osserva che il Governo non ha fatto precedere l'innalzamento della soglia del contributo pubblico possibile né da v.i.r. né da a.i.r., quand'anche ciò sarebbe stato necessario per verificarne l'impatto complessivo, anche in termini di finanza pubblica aggregata, e rileva che la sola spiegazione rinvenibili è rappresentata dalla pressione sul Governo degli operatori del settore, interessati a ottenere una riforma delle concessioni utile a diminuire il rischio a proprio carico. Il Consiglio di Stato, in altre parole, adombra che il Governo si sia piegato, sostanzialmente, a pressioni lobbistiche di operatori di mercato.

Il Consiglio di Stato osserva, con prosa direi sferzante, che «il mancato raccordo tra monitoraggio, v.i.r. e correttivo, rappresenta la vera occasione mancata dell'intervento correttivo che, senza analisi d'impatto, rischia di trasformarsi in un intervento poco efficace se non oneroso o controproducente».

6 Necessità, «comunque», del decreto correttivo

Al contempo, lo stesso Consiglio di Stato sottolinea che, comunque, l'adozione di un correttivo era necessaria: e non è operazione facile contemperare la critica strutturale-funzionale così del correttivo come del decreto legislativo "principale" e della stessa legge di delega con la rilevazione della necessità «comunque» del correttivo.

Le ragioni per le quali, secondo il Consiglio di Stato, il correttivo era

«comunque» necessario perché rispondente a esigenze ineludibili, nonostante la sua evidente distonia rispetto alla funzione propria dei correttivi, sono presto dette, e sono riconducibili a quattro macro-aree.

La prima macro-area prende corpo a fronte della constatazione che il d.lgs. n. 50/2016 è un codice «fatto in fretta» e figlio della fretta, affetto da centinaia di errori materiali, addirittura con proposizioni prive di punteggiatura conclusiva; al disastro, nelle sue componenti più marchiane, è stato ovviato nell'immediato con l'avviso di rettifica pubblicato nella Gazzetta ufficiale del 16 luglio 2016[20], ma molti altri errori materiali sono sopravvissuti.

Il correttivo dunque ha rappresentato l'ultima spiaggia per cercare di superare almeno qualcuno dei deficit più importanti del d.lgs. n. 50/2016: e rappresentava l'ultima spiaggia perché, scaduto l'anno dall'entrata in vigore di questo, le disastrate discipline che vi erano recate sarebbero state emendabili solo con leggi (e relativi tempi) di riforma, ripetendo così l'esperienza, non ripetibile perché dannosa per l'economia, per la stabilità dell'ordinamento e per la certezza del diritto, del d.lgs. n. 163/2006 e delle sue oltre cinquanta modifiche legislative in sei anni. La prima macro-area di intervento del correttivo è quindi l'eliminazione degli errori materiali del codice sopravvissuti alla pubblicazione in Gazzetta ufficiale dell'avviso di rettifica. Va da sé che si tratta di funzionalità eccentrica a quella tipizzata per i correttivi, ma comunque necessaria.

La seconda macro-area relativamente alla quale il correttivo doveva necessariamente intervenire ed era quindi «comunque» necessario, è quella relativamente alla quale il d.lgs. n. 50/2016 manifestava deficit di coordinamento esterno (con altri leggi vigenti). All'indomani della sua pubblicazione era stato immediatamente rilevato, per esempio, il difetto di coordinamento con il codice del processo amministrativo, rinvenendosi nel d.lgs., plurimi rinvii a discipline processuali recate dal d.lgs. n. 163/2006 ma ormai da anni non più vigenti e sostituite dal cod. proc. amm. Il correttivo ha così creato o rafforzato alcuni coordinamenti esterni, ma altri ne sono sopravvissuti o si sono successivamente generati: si pensi all'emanazione del d.lgs. sulle partecipate, che "parla" dell'*in house* in modo non del tutto conforme a come ne "parla" il d.lgs. n. 50/2016.

La terza macro-area di intervento del correttivo è volta a colmare alcune distonie del d.lgs. 50/2016 rispetto sia all'euro-diritto sia alla legge delega. Mantenere in vigore un codice affetto da distonie di tale portata significava consegnare alle amministrazioni e agli operatori economici un testo normativo quanto meno fragile, esposto – quanto alle distonie rispetto all'euro-diritto – a forti rischi di disapplicazione da parte delle amministrazioni ovvero di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da

20 Il quale concerne quasi la metà degli articoli di cui si compone(va) il d.lgs. n. 50/2016.

parte dei giudici, ed esposto inoltre – quanto alle distonie rispetto alla legge di delega – all'intervento della Corte costituzionale. Va da sé che le pubbliche amministrazioni e gli operatori, così come tutti i cittadini, non possono sopportare l'aleatorietà di una disciplina e della sua tenuta, che è ovviamente cosa ben diversa dalla in parte strutturale incertezza che la connoti. E tuttavia, come rileva il Consiglio di Stato nel parere sullo schema di correttivo, non tutte le distonie tra codice ed euro-diritto sono state eliminate con il correttivo….

Infine, la quarta macro-area alla quale sono riconducibili le disposizioni del correttivo è quella della correzione e integrazione del d.lgs. n. 50/2016: ma, come rileva il Consiglio di Stato nel parere sullo schema di correttivo, le disposizioni così funzionalizzate – rispondenti cioè alla funzione tipica dei correttivi – sono, paradossalmente, minimali nell'impianto del correttivo.

7 Problemi irrisolti e problemi nuovi nel decreto correttivo

Il Consiglio di Stato rileva infine che lo schema di correttivo non ha colmato tutte le lacune né ha eliminato tutte le ambiguità proprie del d.lgs. n. 50/2017, e che pure ben si prestavano a essere rimediate; ne segnalo soltanto una, di impatto immediato.

L'art. 24 d.lgs. n. 50/2016 dispone che, per i prezzi, si deve fare riferimento ai prezziari regionali, che scadono al 31 dicembre ma sono comunque utilizzabili nei sei mesi successivi; il codice non dispone alcunché per il caso in cui una Regione non predisponga il prezziario; sorge dunque l'interrogativo, posto dal Consiglio di Stato, se, ove si verifichi una tale evenienza, le gare possano oppure no essere bandite.

Il d.lgs. n. 50/2016, all'art. 213 – lontanissimo dunque dall'art. 24 – dispone che A.n.a.c. provveda, «con apposite linee guida, e fatte salve le normative di settore, all'elaborazione dei costi standard dei lavori e dei prezzi di riferimento di beni e servizi». Il Consiglio di Stato pone così il problema della conciliazione tra prezziari regionali e costi standard e prezzi di riferimento elaborati da A.n.a.c., e rileva inoltre la necessità di regolare il rapporto tra competenze regionali e poteri di A.n.a.c.

Questo non è stato fatto con il correttivo, ed è agevole presumere che ne nascerà una conflittualità non di poco momento tra Regioni e A.n.a.c. quanto al ruolo e alla forza dei rispettivi atti.

Il correttivo appare lacunoso anche quanto alla disciplina dei nuovi poteri di impugnativa attribuiti ad A.n.a.c., dei quali il Consiglio di Stato – in sede di parere – ha rilevato il mancato coordinamento con le disposizioni del cod. proc. amm., segnalando la molteplicità delle questioni che si determineranno nella pratica: prima tra tutte quella dell'ammissibilità di una eventuale domanda giudiziale di A.n.a.c. di dichiarazione di ineffica-

cia del contratto stipulato a valle dell'atto da essa impugnato e reputato illegittimo dal giudice.

Non è certo di poco momento né di scarso rilievo pratico e sistematico il problema che il correttivo non si è posto e che ha consegnato agli sconfortati interpreti.

Ricerche giuridiche
Vol. 6 – Num. 1 – Giugno 2017

e-ISSN 2281-6100

La disciplina degli istituti di protezione della fauna selvatica e della biodiversità, nel quadro del riparto delle competenze tra Stato e Regioni

Marco Mancini
(Ricercatore di Diritto Pubblico nell’Università Ca’ Foscari Venezia, Italia)

Abstract Il saggio si propone di esaminare la disciplina della tutela della fauna selvatica e della biodiversità alla luce del riparto delle competenze legislative ed amministrative tra Stato, Regioni ed enti locali in conseguenza della riforma costituzionale del 2001. Particolare attenzione viene rivolta alla disciplina dell'attività venatoria e dei parchi naturali, apparentemente riconducibile a materie di competenza residuale regionale. In realtà, però, molteplici profili di disciplina in subiectae materiae ricadono nella materia di competenza esclusiva statale della “tutela dell'ambiente” legittimata, in virtù della sua qualificazione in senso “trasversale” da parte della Corte costituzionale, ad invadere numerosi ambiti materiali di competenza regionale quali quelli relativi alla “caccia” e al “governo del territorio”.

1 Premessa

La disciplina della protezione della fauna selvatica[1] e della biodiversità ricade tradizionalmente nell’ambito di due distinte, ma connesse materie, la “caccia” e la “tutela dell’ambiente e dell’ecosistema”, riguardo alle quali si pongono preliminarmente tre problemi di non facile risoluzione.

1 Riguardo alla definizione giuridica di fauna selvatica e alla sua distinzione dalla fauna domestica cfr. Cass. pen, sez. III, 25 novembre 2003, n. 2598, che attribuisce rilievo determinante non alla nocività o meno dell’animale, bensì al suo stato naturale di libertà, quale condizione di vita indipendente dall’uomo per ciò che concerne i profili della riproduzione, dell’alimentazione e del ricovero.

DOI 10.30687/Rg/2281-6100/2018/01/002
Submitted: 2017-06-06 | Accepted: 2018-01-31

In primo luogo, in virtù del ben noto fenomeno della "pagina bianca" che interessa pressochè tutte le etichette materiali elencate dall'art. 117 Cost., non è agevole definire e perimetrare con precisione i confini dei rispettivi ambiti materiali. Al fine di riempire di contenuti le due etichette e di compiere una precisa *actio finium regundorum* è necessario pertanto ricorrere all'ausilio della normativa di rango primario attualmente vigente *in subiectae materiae* nonché agli orientamenti della Corte costituzionale sviluppatisi in modo copioso nel corso dei decenni.

In secondo luogo, occorre rilevare la dimensione "multilivello" che caratterizza la disciplina della caccia e della protezione dell'ambiente, tanto sotto il profilo del riparto delle funzioni legislative quanto -conseguentemente- sotto il profilo dell'allocazione delle funzioni amministrative in capo ai diversi livelli territoriali di governo e alla disciplina del loro concreto esercizio. Vi è infatti un primo livello più comprensivo di disciplina, sovranazionale e comunitario, caratterizzato da una molteplicità di direttive e trattati puntualmente recepiti e attuati nel nostro ordinamento che presentano un forte impatto sul quadro delle dinamiche istituzionali interne. Senza dilungarci su un tema che non forma specifico oggetto del presente lavoro, è sufficiente al riguardo ricordare che la disciplina della caccia e del prelievo venatorio così come quella della tutela della biodiversità ricadono nell'ambito delle "politiche ambientali comunitarie", nella parte dedicata alla "protezione della natura" e più specificamente alla "protezione della fauna", alla "conservazione degli uccelli selvatici", alla "protezione della flora e della biodiversità" e alla "gestione delle risorse naturali". La disciplina comunitaria in materia, come ben noto, ha ricevuto la sua massima espressione con la c.d. direttiva "Uccelli"[2] e con la c.d. direttiva "Habitat"[3]. Del pari, sul piano della normativa internazionale, non è possibile sottacere il rilievo rivestito al riguardo da alcune convenzioni internazionali quali quella di Washington del 1973 sul commercio internazionale delle specie animali e vegetali in via di estinzione e quella di Berna del 1979 sulla conservazione degli habitat naturali e della flora e della fauna. A questo primo livello di disciplina se ne aggiungono altri due. Sia il legislatore statale che quelli regionali risultano infatti a vario titolo e in varia misura coinvolti nella regolamentazione delle ridette materie. E' altresì opportuno sottolineare, riguardo alla disciplina e all'esercizio delle funzioni amministrative, il rilevante ruolo riservato agli enti locali e ai vari enti pubblici istituiti *ex lege*, anche in virtù degli incisivi strumenti regolatori di cui risultano provvisti.

2 Direttiva 409/79/CEE, riguardo alla quale v. G. Tallone, *I venticinque anni della Direttiva "Uccelli". Lo stato di applicazione della Direttiva 79/409/CEE*, in *Gazz. amb.*, 2004, p. 103 ss. Riguardo alla giurisprudenza comunitaria formatasi sulla direttiva in parola v. L. Trucco, *L'esercizio della caccia nella normativa e nella giurisprudenza comunitaria*, in *www.federalismi.it*, 2007, 2, p. 17 ss.

3 Direttiva 92/43/CEE.

In terzo ed ultimo luogo, la disciplina relativa alla protezione della fauna selvatica e della biodiversità dovrebbe contemperare gli interessi apparentemente antitetici sottesi alle due materie indicate all'inizio, vale a dire quello privatistico all'esercizio dell'attività venatoria e quello pubblicistico alla conservazione del patrimonio faunistico. Le modalità attraverso le quali sono stati contemperati i due interessi sono profondamente variate nel corso degli anni, fino a pervenire all'attuale approdo in ragione del quale, in ossequio agli indirizzi imposti dalla normativa internazionale e comunitaria, il secondo risulta prevalere nettamente sul primo.

Una volta chiarite le coordinate di fondo entro le quali deve collocarsi la disciplina della protezione della fauna (ma anche della flora e della biodiversità), occorre saggiarne la portata applicativa in riferimento alla normativa diretta a regolarne i principali istituti e strumenti di realizzazione, vale a dire quella relativa all'esercizio dell'attività venatoria, da un lato; quella relativa all'istituzione delle c.d. aree naturali protette, dall'altro.

2 La disciplina della caccia nella legge-quadro n. 157/1992: i principi ispiratori e il riparto di competenze tra Stato e Regioni

Come noto, in epoca antecedente alla riforma del Titolo V della Costituzione la materia "caccia"[4] era espressamente elencata dall'art. 117 Cost. e quindi inclusa tra quelle di competenza concorrente, la cui disciplina era rimessa in parte al legislatore statale, in ordine alla determinazione dei principi fondamentali, e in parte ai legislatori regionali, in ordine all'emanazione delle norme di dettaglio. Proprio nell'esercizio della competenza ad esso costituzionalmente riservata, il legislatore statale aveva provveduto ad emanare la legge-quadro n. 157/1992[5] il cui principio ispiratore, derivante dalla normativa internazionale e comunitaria, è appunto quello

4 Riguardo alla quale v., almeno, R. Clarizia, *Caccia (voce)*, in *Noviss. Dig. it., App.*, Torino, 1980, p. 924 ss.; G. Di Gaspare, *Caccia (voce)*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1985; I. Gallo Curcio, C. Lacavia, *La caccia*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, IV, Milano, 2003, p. 2355 ss.; M. Ruotolo, *Caccia*, in G. Corso, V. Lopilato (a cura di*), Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali. Parte speciale*, I, Milano, 2006, p. 421 ss.

5 L. 11 febbraio, 1992, n. 157, applicabile anche alle Regioni a statuto speciale in quanto contenente norme fondamentali di riforma economico-sociale, ed emanata in attuazione della Convenzione di Parigi del 18 ottobre 1950, resa esecutiva in Italia con l. 24 novembre 1978, n. 812, della Convenzione di Berna del 19 settembre 1979, resa esecutiva con l. 5 agosto 1981, n. 503, e nel recepimento delle direttive 79/409/CEE del Consiglio del 2 aprile 1979 ("direttiva uccelli"), 85/411/CEE della Commissione del 25 luglio 1985, 91/244/CEE della Commissione del 6 marzo 1991.

-come risulta peraltro già dalla sua intitolazione[6]- di assicurare la prevalenza dell'interesse pubblico alla conservazione del patrimonio faunistico e alla protezione dell'ambiente rispetto all'interesse privato all'esercizio della caccia[7].

Risultano espressive di questa impostazione numerose disposizioni della legge quadro tra le quali, anzitutto, l'*incipit* della stessa, laddove qualifica la fauna selvatica come «patrimonio indisponibile dello Stato .... tutelata nell'interesse della comunità nazionale ed internazionale» (art. 1, co. 1)[8] e subito dopo afferma che «l'esercizio dell'attività venatoria è consentito, purchè non contrasti con l'esigenza di conservazione della fauna selvatica e non arrechi danno effettivo alle produzioni agricole» (art. 1, co. 2). In secondo luogo, l'art. 10, che disciplina i piani faunistico-venatori quali strumenti «finalizzati, per quanto attiene alle specie carnivore, alla conservazione delle effettive capacità riproduttive e di contenimento naturale di altre specie e, per quanto riguarda le altre specie, al conseguimento della densità ottimale e alla sua conservazione mediante riqualificazione delle risorse ambientali e regolamentazione del prelievo venatorio». In terzo ed ultimo luogo, l'art. 14, che introduce il sistema della "caccia programmata", basato sulla definizione di un contingente numerico di cacciatori per ogni ambito territoriale di caccia in cui è suddiviso il territorio agro-silvo-pastorale, in sostituzione del precedente sistema della "caccia controllata" disciplinato dall'art. 15 della legge quadro 27 dicembre 1977, n. 968, fondato sulla previsione di limiti di tempo, di luogo e di numero di capi da abbattere.

Riguardo ai contenuti, la legge in parola distingue tre diverse specie di fauna e prevede rispetto a ciascuna di esse divieti o limiti all'esercizio della caccia (artt. 2 e 18)[9]; prescrive le condizioni per l'esercizio dell'at-

6 «Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio». Riguardo a questa impostazione v. in particolare A. Porporato, *La tutela della fauna, della flora e della biodiversità*, in A. Crosetti, R. Ferrara, M. A. Sandulli (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, III, Milano, 2014, p. 771.

7 Si rovesciava pertanto l'opposta impostazione seguita dal r.d. 5 giugno 1939, n. 1016, che configurava l'esercizio dell'attività venatoria come un diritto soggettivo assoluto e qualificava la fauna selvatica come *res nullius*, in quanto tale soggetta senza alcun limite al libero abbattimento e alla cattura e oggetto di libera appropriazione. Riguardo a detta legge v. P. Cendon, *Disciplina della caccia*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1979, p. 450 ss.

8 E quindi *res extra commercium*, inalienabile e inusucapibile. Tale impostazione era già contenuta nella l. 27 dicembre 1977, n. 968, riguardo alla quale v. I. Gorlani, *Introduzione alla legge quadro sulla caccia: Stato e Regioni di fronte ai problemi di protezione della fauna*, Firenze, 1980, p. 45 ss.

9 Si tratta delle specie particolarmente protette, riguardo alle quali vige un divieto assoluto di caccia, abbattimento, cattura e detenzione, presidiato da sanzioni penali; delle specie cacciabili, di cui è consentito l'abbattimento durante i periodi di caccia stabiliti dal calendario venatorio regionale; delle specie residue, non cacciabili ma insuscettibili di

tività venatoria (art. 22)[10] e le forme consentite (art. 5)[11], fermo il divieto di ogni forma di uccellagione o di prelievo di uova, nidi o piccoli (art. 3).

Per quanto concerne il riparto delle funzioni, l'art. 1, co. 3 attribuisce alle Regioni ordinarie la competenza ad emanare norme relative alla gestione e alla tutela di tutte le specie di fauna selvatica in conformità alla legge, alle Convenzioni internazionali e alle direttive dell'UE[12].

Sul piano amministrativo, alle Regioni sono attribuite anzitutto funzioni di programmazione e coordinamento ai fini della pianificazione faunistico-venatoria, mediante la predisposizione di appositi piani diretti alla suddivisione del territorio agro-silvo-pastorale regionale e alla sua destinazione differenziata con finalità, per quanto attiene alle specie carnivore, di conservazione delle effettive capacità riproduttive e di contenimento delle altre specie e, per quanto attiene alle altre specie, di conseguimento della densità ottimale e di conservazione mediante la riqualificazione delle risorse ambientali e la regolamentazione dell'attività venatoria (art. 10, co. 1). In particolare, I piani devono riservare una quota del territorio compresa tra il 20 e il 30 per cento a protezione della fauna selvatica, all'interno della quale è comunque vietata l'attività venatoria (divieto di abbattimento e cattura) e sono adottati provvedimenti atti ad agevolare la sosta e la riproduzione della fauna e la cura della prole. Una restante parte fino ad una percentuale massima del 15 per cento può essere destinata alla caccia riservata a gestione privata e a centri privati di riproduzione della fauna selvatica allo stato naturale. La parte rimanente del territorio, infine, è destinata all'attività venatoria programmata in ambiti territoriali di caccia di dimensioni subprovinciali possibilmente omogenei e delimitati da confini naturali. Sotto questo profilo assumono un ruolo di rilievo anche

particolare protezione. Preme al riguardo sottolineare come dalla normativa dell'UE non sia possibile evincere un termine inderogabile di chiusura della stagione venatoria, bensì soltanto un principio di salvaguardia del periodo di riproduzione e di ritorno al luogo di nidificazione. Spetta pertanto agli Stati membri e allo loro articolazioni interne tradurre il principio in regola concreta, anche attraverso lo scaglionamento delle date di chiusura della caccia in funzione delle diverse caratteristiche biologiche delle specie cacciabili, a condizione che forniscano la prova, avallata da dati tecnico-scientifici appropriati, che ciò non sia di ostacolo alla protezione completa della specie di uccelli interessati da tale scaglionamento.

10 Superamento dell'esame di abilitazione all'esercizio; maggiore età; possesso del porto di fucile per uso caccia ottenuto in conformità alle leggi di pubblica sicurezza; possesso del tesserino venatorio, rilasciato dalle Regioni e valido su tutto il territorio nazionale, nel quale devono essere annotate le modalità di caccia consentite, i giorni scelti, le specie abbattibili e l'attività concretamente svolta, al fine di consentire l'espletamento delle attività di controllo del rispetto delle prescrizioni; stipula di una polizza assicurativa diretta a coprire la responsabilità civile verso terzi.

11 Vagante o stanziale; ad appostamento fisso; in altre forme.

12 E specifica che Regioni a statuto speciale e Province autonome devono provvedere sulla base delle competenze esclusive nei limiti previsti dai rispettivi statuti.

le Province, chiamate a predisporre piani faunistico-venatori per comprensori omogenei, piani di miglioramento ambientale diretti a favorire la riproduzione naturale di fauna selvatica e piani di immissione di fauna selvatica anche tramite la cattura di selvatici presenti in sovrannumero nei parchi nazionali e regionali. Spetta quindi alle Regioni procedere al coordinamento dei piani provinciali ed intervenire con l'esercizio di poteri sostitutivi in caso di inadempimento da parte delle Province.

In secondo luogo, l'art. 19 rimette alle Regioni le funzioni di controllo della fauna selvatica, destinate ad esplicarsi attraverso tre strumenti. Il primo è quello del divieto di caccia per periodi prestabiliti riguardo a determinate specie per importanti e motivate ragioni connesse alla consistenza faunistica o per sopravvenute particolari condizioni ambientali, stagionali o climatiche o per malattie o altre calamità. Il secondo è il controllo c.d. selettivo della fauna selvatica nelle zone vietate alla caccia, praticato in base a metodi ecologici su parere dell'ISPRA[13] e per finalità espressamente previste[14]. Il terzo ed ultimo strumento, applicabile nell'eventualità in cui l'ISPRA abbia accertato l'inefficacia dei metodi ecologici, è quello dei piani di abbattimento, autorizzati dalle Regioni. Riguardo a quest'ultimo profilo, un ruolo di rilievo sono chiamate a svolgere le Province, cui spetta dare attuazione ai piani attraverso le guardie venatorie poste alle loro dirette dipendenze, oppure avvalendosi dei proprietari o conduttori dei fondi o delle guardie forestali e comunali, purchè muniti di licenza per l'esercizio dell'attività venatoria.

In terzo ed ultimo luogo l'art. 19 *bis*, così come modificato dall'art. 26 della l. 6 agosto 2013, n. 97[15], rimette alle Regioni la disciplina dell'esercizio delle deroghe previste dall'art. 9 della direttiva 2009/147/CE riguardo ai divieti di abbattimento o cattura degli uccelli selvatici. Tali deroghe possono essere disposte dalle Regioni con atto amministrativo, in conformità alle prescrizioni, ai principi e alle finalità della direttiva stessa e della legge, previo parere dell'ISPRA, solo in assenza di altre soluzioni soddisfacenti, in via eccezionale e per periodi limitati. Le Regioni devono altresì prevedere sistemi periodici di verifica anche al fine di sospendere tempestivamente il provvedimento di deroga qualora venga accertato il raggiungimento del numero di capi autorizzato prima della scadenza del termine previsto.

13 Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale, istituito con l. 6 agosto 2008, n. 133, cui sono state attribuite le funzioni precedentemente svolte dall'INFS (Istituto nazionale fauna selvatica).

14 La migliore gestione del patrimonio zootecnico, la tutela del suolo, per motivi sanitari, per la selezione biologica, per la tutela del patrimonio storico-artistico, per la tutela delle produzioni zoo-agro-forestali ed ittiche.

15 «Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione Europea».

3 Il riparto delle competenze in materia di "caccia" a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione del 2001

A seguito della riforma del Titolo V della Costituzione operata dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, non vi è più alcun riferimento alla "caccia" negli elenchi di materie di cui al secondo e terzo comma del novellato art. 117 Cost. Detta materia rientra pertanto tra quelle c.d. "innominate" la cui disciplina dovrebbe spettare, in via residuale, ai sensi dell'art. 117, co. 4, Cost., ai legislatori regionali, con conseguente esclusione di ogni possibilità di intervento da parte del legislatore statale. In linea puramente astratta ed ipotetica, pertanto, le Regioni sarebbero libere di disciplinare l'attività venatoria come meglio ritengono, senza tenere conto di alcun limite derivante dalla legislazione statale e in particolare, dalla l. n. 157/1992 che, nel nuovo quadro di riparto delle competenze legislative, risulterebbe ormai priva di fondamento costituzionale e comunque sprovvista di vincolatività nei loro riguardi.

In realtà, però, non diversamente da ciò che si è verificato riguardo a numerose altre materie "innominate", l'ambito di disciplina rimesso alla competenza legislativa regionale *in subiecta materia* si è andato via via restringendo in conseguenza dell'intervento della Corte costituzionale, che ha gradualmente chiarito i principi e criteri posti alla base del sistema di riparto delle competenze legislative delineato dall'art. 117 Cost. novellato. In particolare la Corte ha affermato che, prima di ricondurre con certezza un determinato profilo di disciplina all'interno di una materia "innominata", come tale rimessa alla competenza residuale regionale, occorre verificare se non sia piuttosto possibile ricondurlo, sulla scorta di un criterio materiale-oggettivo o teleologico o comunque in applicazione del criterio della "prevalenza", all'interno di una diversa materia, compresa tra quelle di competenza legislativa esclusiva statale o concorrente di cui al secondo o al terzo comma dell'art. 117 Cost.

Già nella prima pronuncia[16] con cui, a seguito della riforma, è intervenuta al riguardo, la Corte ha affermato che la disciplina contenuta nella l. n. 157/1992, anche laddove regola l'esercizio dell'attività venatoria, è riconducibile non alla materia della "caccia", bensì a quella della "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema", di competenza esclusiva statale ex art. 117, comma 2, lettera s), Cost.[17]. La sentenza in esame, infatti (peraltro,

16 C. Cost., 20 dicembre 2002, n. 536, in *Giur. cost.*, 2002, p. 4416 ss., con nota di A. Morrone, *Una spada di Damocle sulla potestà legislativa esclusiva delle Regioni*, *ivi*, p. 4427 ss.

17 Riguardo alla quale v. almeno, *ex multis*, M. Cecchetti, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2000; M. Renna, B. Pozzo (a cura di), *L'ambiente nel nuovo Titolo V della Costituzione*, Milano, 2003; V. Boncinelli, P. Caretti, *La tutela dell'ambiente negli sviluppi della giurisprudenza costituzionale pre e post-riforma del Titolo V*, in *Giur. cost.*,

in modo pienamente conforme all'intitolazione della legge e alla sua *ratio* ispiratrice che, come detto, anche alla luce della normativa internazionale e comunitaria, è quella di garantire la prevalenza delle esigenze di salvaguardia del patrimonio faunistico rispetto all'interesse all'esercizio dell'attività venatoria[18]), ha precisato che le prescrizioni relative all'esercizio dell'attività venatoria si traducono in standard minimi, adeguati e non riducibili di tutela ambientale, in particolare della fauna, per cui la loro determinazione è rimessa al legislatore statale. Ha altresì precisato[19] che la locuzione "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema" non è riferita (*rectius*, non è esclusivamente riferita) ad un ambito materiale di disciplina ben definito e delimitato, bensì ad un valore costituzionale unitario ed infrazionabile suscettibile di ricevere una protezione uniforme sull'intero territorio nazionale, a prescindere dal riparto delle competenze delineato dall'art. 117 Cost. In buona sostanza, la "tutela dell'ambiente" viene annoverata tra quelle che la Corte definisce materie "trasversali" nella disciplina delle quali il legislatore statale, in virtù dell'unitarietà ed infrazionabilità dei valori e interessi sottesi, è legittimato a tagliare "trasversalmente" il quadro costituzionale delle competenze e ad invadere ambiti materiali astrattamente rimessi alla competenza legislativa concorrente o residuale regionale quale, appunto, la "caccia". Per quanto ci interessa, quindi, è rimessa al legislatore statale la determinazione di standard minimi di tutela dell'ambiente uniformi sull'intero territorio nazionale ed inderogabili da parte dei legislatori regionali. Questi ultimi, infatti, laddove intervengono a disciplinare le materie incise di loro competenza, sono legittimati soltanto ad elevare, ad innalzare eventualmente la soglia di tutela al di sopra del livello minimo garantito e imposto dal legislatore statale.

In virtù dell'orientamento della Corte, appare pertanto evidente che l.

2009, p. 5179 ss.; P. Maddalena, *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giorn, dir. amm.*, 2010, p. 307 ss.; P. Dell'Anno, E. Picozza (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, 3 voll., Padova, 2012-2015; A. Crosetti, R. Ferrara, M. A. Sandulli (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, 3 voll., Milano, 2014; G. Rossi, *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2015; B. Caravita, L. Cassetti, A. Morrone (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2016; P. Dell'Anno, *Diritto dell'ambiente*, Padova, 2016.

18 Sulla prevalenza dell'interesse ambientale su quello all'esercizio dell'attività venatoria v. anche C. Cost., 22 gennaio 2015, n. 2, in *Giur. cost.*, 2015, p. 22 ss. e, in precedenza, C. Cost., 27 ottobre 1988, n. 1002, in *Giur. cost.*, 1988, p. 4739 ss.; C. Cost., 2 febbraio 1990, n. 63, in *Giur. cost.*, 1990, p. 247 ss., con nota di E. Caterini, *Ammissibilità del referendum sulla caccia nella sentenza della Corte costituzionale n. 63 del 2 febbraio 1990*, *ivi*, p. 259 ss.; C. Cost., 13 febbraio 1995, n. 35, in *Giur. cost.*, 1995, p. 369 ss.; C. Cost., 30 dicembre 1997, n. 449, in *Giur. cost.*, 1997, p. 3980 ss., con nota di G. Silvestri, *Il conflitto di attribuzioni tra rigidità processuali ed esigenze sostanziali*, *ivi*, p. 3988 ss.; C. Cost., 14 maggio 1999, n. 169, in *Giur. cost.*, 1999, p. 1638 ss.

19 Già in precedenza v. C. Cost., 26 luglio 2002, n. 407, in *Giur. cost.*, 2002, p. 2940 ss., con nota di F. S. Marini, *La Corte costituzionale nel labirinto della materie "trasversali": dalla sentenza n. 282 alla n. 407 del 2002*, *ivi*, p. 2951 ss.

n. 157/1992 continua a mantenere piena validità[20] ed efficacia nei riguardi delle Regioni[21] anche a seguito della riforma del 2001 in quanto trova il proprio fondamento costituzionale e il titolo competenziale che ne giustifica la permanenza in vita nella materia della "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema", rimessa dal novellato art. 117 Cost. alla competenza legislativa esclusiva statale. Del resto, data la non esatta sovrapponibilità dei due ambiti materiali relativi alla "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema" e della "caccia", occorre perimetrarne meglio i rispettivi confini, anche al fine di comprendere quali delle molteplici disposizioni contenute nella legge quadro debbano essere ricondotte all'interno dell'uno o dell'altro. Appare infatti evidente che soltanto alcune di esse sono volte alla fissazione di standard minimi di protezione ambientale, come tali riconducibili ad un interesse nazionale unitario, per cui ricadono nell'ambito della "tutela dell'ambiente o dell'ecosistema" e risultano quindi vincolanti per le Regioni. Altre, invece, in particolare quelle espressive di scelte *lato sensu* discrezionali esclusivamente volte a disciplinare le modalità d esercizio della pratica venatoria, appaiono piuttosto riconducibili alla materia della "caccia", per cui non risultano vincolanti per le Regioni, in favore delle quali residuano spazi di intervento legislativo[22].

Al fine di distinguere i profili di disciplina riconducibili alla materia della "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema" e quindi riservati alla competenza legislativa statale da quelli esclusivamente riconducibili alla materia della "caccia" e quindi rimessi alla competenza residuale regionale[23] occorre fare riferimento agli orientamenti maturati al riguardo dalla Corte costituzionale già in epoca antecedente alla riforma del 2001 e consolidatisi in epoca successiva[24]. Sotto questo profilo la Corte, tra le disposizioni contenute nella l. n. 157/1992 e comunque tra quelle dirette a disciplinare l'attività

20 Come aveva profetizzato A. D'Atena, *Riarticolazione delle competenze legislative e disciplina della caccia*, in Aa. Vv. (a cura di), *Ecosistema e caccia: tra Stato e Regioni*, Roma, 2003, p. 21.

21 Anche quelle a statuto speciale, in virtù della clausola di maggior favore di cui all'art. 10, l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3.

22 Come sottolinea M. Gorlani, *La materia della caccia davanti alla Corte costituzionale dopo la riforma del Titolo V Cost.: ritorna l'interesse nazionale e il "primato" della legislazione statale di principio?*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2003, p. 2, ad avviso del quale si assiste in questo modo alla ricomparsa dell'"interesse nazionale", che si «risolve nella definizione di standards di tutela uniformi sul territorio nazionale, e non nell'assorbimento di un'intera materia nella competenza statale, lasciando alle Regioni ambiti non trascurabili di intervento».

23 Sul punto v. G. Bobbio, *Il riparto di competenze tra Stato e Regioni: il paradigma della disciplina della caccia e le deroghe al prelievo venatorio dettate dal diritto comunitario*, in www.federalismi.it, 2007, 2, p. 49 ss.

24 Per un'accurata e completa ricostruzione della giurisprudenza della Corte costituzionale in epoca antecedente e successiva alla riforma del 2001 v. C. De Benetti, *Caccia*

venatoria, ne ha individuate alcune ritenute espressive di un «nucleo minimo di salvaguardia della fauna selvatica»[25], in quanto tali riconducibili alla materia della "tutela dell'ambiente" e all'interesse unitario sotteso e quindi riservate al legislatore statale e vincolanti ed inderogabili da parte del legislatore regionale. Per delimitare i rispettivi ambiti di competenza legislativa dello Stato e delle Regioni è necessario pertanto verificare, caso per caso, se un determinato profilo di disciplina rientri o meno nel «nucleo minimo di salvaguardia» di cui parla la Corte.

Al riguardo, la Corte ha ricondotto nell'ambito della "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema" e riservato pertanto al legislatore statale molteplici profili di disciplina regolati dalla l. n. 157/1992, a partire dall'elencazione delle specie cacciabili, salve le possibilità di deroga da parte delle Regioni previste dalle legge[26].

In secondo luogo, viene rimessa al legislatore statale la disciplina delle modalità di esercizio dell'attività venatoria, nei solo limiti di ciò che è indispensabile per garantire la sopravvivenza e la riproduzione delle specie cacciabili[27].

Allo stesso modo, spetta al legislatore statale la delimitazione del periodo venatorio[28], sia per quanto concerne il termine di chiusura della stagione, che è assolutamente inderogabile proprio perché rivolto a garantire la sopravvivenza e la riproduzione delle specie cacciabili[29], sia per quanto

e ambiente. Il riparto di potestà legislativa tra "diritto" alla tutela della fauna selvatica ed "interesse" all'esercizio dell'attività venatoria, in questa *Rivista*, 2015, p. 37 ss.

25 C. Cost., 24 luglio 1998, n. 323, in *Giur. cost.*, 1998, p. 2349 ss.; C. Cost., 14 maggio 1999, n. 169, *cit.*, che parla di «interesse unitario, non frazionabile, alla uniforme disciplina dei vari aspetti inerenti al nucleo minimo di salvaguardia della fauna selvatica».

26 C. Cost., 22 luglio 1996, n. 272, in *Giur. cost.*, 1996, p. 2399 ss., con nota di M. Pedetta, *Le "deroghe" in materia di caccia tra diritto comunitario e diritto interno*, *ivi*, p. 2715 ss.; C. Cost., 17 luglio 1998, n. 277, in *Giur. cost.*, 1998, p. 2151 ss.; C. Cost., 24 luglio 1998, n. 323, *cit.*

27 C. Cost., 27 ottobre 1988, n. 1002, *cit.*; C. Cost., 28 dicembre 1990, n. 577, in *Giur. cost.*, 1990, p. 3239 ss.; C. Cost., 13 febbraio 1995, n. 35, *cit.*; C. Cost., 22 luglio 1996, n. 272, *cit.*; C. Cost., 24 luglio 1998, n. 323, *cit.*; C. Cost., 12 marzo 1999, n. 68, *cit.*; C. Cost., 22 dicembre 2006, n. 441, in *Giur. cost.*, 2006, p. 4472 ss., relativa alla disciplina sui richiami.

28 C. Cost., 24 luglio 1998, n. 323, *cit.*, visto il rapporto di coessenzialità e integrazione tra le disposizioni che individuano le specie cacciabili e quelle -volte ad assicurarne la sopravvivenza e la riproduzione- che ne delimitano il prelievo venatorio sotto il profilo temporale.

29 C. Cost., 15 ottobre 2003, n. 311, in *Giur. cost.*, 2003, p. 2929 ss., secondo cui la delimitazione temporale del prelievo venatorio ex art. 18 l. n. 157/1992 «è da considerare come rivolta ad assicurare la sopravvivenza e la riproduzione delle specie cacciabili rispondendo, quindi, sotto questo aspetto, all'esigenza di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, il cui soddisfacimento l'art. 117, secondo comma, lettera s), della Costituzione attribuisce alla competenza esclusiva dello Stato, in particolare mediante la predisposizione di standard minimi di tutela della fauna». Nel medesimo senso già C. Cost., 20 dicembre 2002, n. 536, *cit.*; C. Cost., 4 luglio 2003, n. 226, in *Giur. cost.*, 2003, p. 1913 ss. In seguito, C. Cost., 27

concerne il termine orario giornaliero[30], siccome intimamente connesso alla salvaguardia del patrimonio faunistico ed incluso nel nucleo minimo incomprimibile di tutela. Peraltro, viene espressamente specificato che il calendario venatorio deve essere approvato dalle Regioni con regolamento (e non con legge-provvedimento), adottato al termine di un procedimento che prevede comunque la previa acquisizione del parere obbligatorio dell'ISPRA[31].

Del pari, a più riprese la Corte costituzionale ha sanzionato con una declaratoria di incostituzionalità le leggi regionali nella parte in cui omettevano la previsione del parere vincolante dell'INFS nella fase preparatoria di provvedimenti di loro competenza inerenti alla regolazione dell'attività venatoria, ritenendo la relativa previsione della legge statale diretta a consentire uno standard di tutela uniforme ed addirittura espressiva di una "grande riforma economica-sociale", in quanto tale vincolante anche per le Regioni speciali e le Province autonome[32].

Più di recente, la Corte ha ricondotto nel titolo competenziale di cui all'art. 117, co. 2, lettera s), Cost. anche la disciplina dell'introduzione, reintroduzione e ripopolamento delle specie animali, siccome diretta a predisporre regole per la tutela dell'ambiente e non solo a regolamentare l'uso della risorsa faunistica[33].

Per analogia di ragionamento, deve ritenersi di pertinenza statale anche la disciplina relativa ai piani di abbattimento di cui all'art. 19 della legge, riguardo alla quale la Corte ha avuto modo di chiarire che si tratta di attività svolte non per fini venatori bensì di tutela dell'ecosistema, la cui regolazione trova fondamento e ragione in un'attenta ponderazione diretta ad evitare che la tutela degli interessi espressamente previsti con l'attuazione dei piani di abbattimento comprometta la sopravvivenza di

luglio 2006, n. 313, in *Giur. cost.*, 2006, p. 3103 ss.; C. Cost., 29 ottobre 2009, n. 272, in *Giur. cost.*, 2009, p. 3815 ss., con nota di S. Civitarese Matteucci, *Alcune riflessioni sui rapporti tra potestà normativa statale e regionale a margine della recente giurisprudenza costituzionale sulla materia ambiente. L'ambiguo caso delle aree protette regionali*, *ivi*, p. 5132 ss.; C. Cost., 4 giugno 2010, n. 193, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2282 ss.; C. Cost., 1 luglio 2010, n. 233, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2843 ss.; C. Cost., 15 giugno 2011, n. 191, in *Giur. cost.*, 2011, p. 2477 ss.; C. Cost., 17 luglio 2013, n. 193, in *Giur. cost.*, 2013, p. 2739 ss., con nota di F. Rescigno, *Equilibrismi giurisprudenziali ed equilibrio ambientale*, *ivi*, p. 2754 ss.

30 Così C. Cost., 21 ottobre 2005, n. 391, in *Giur. cost.*, 2005, p. 3867 ss., che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una legge della Regione Puglia, nella parte in cui consentiva il prelievo venatorio degli animali acquatici da appostamento fino ad un'ora dopo il tramonto, limite stabilito dalla legislazione statale.

31 C. Cost., 26 aprile 2012, n. 105, in *Giur. cost.*, 2012, p. 1437 ss.; C. Cost., 22 maggio 2013, n. 90, in *Giur. cost.*, 2013, p. 1552 ss.; C. Cost., 17 luglio 2013, n. 193, *cit.*

32 C. Cost., 12 gennaio 2000, n. 4, in *Giur. cost.*, 2000, p. 14 ss.; C. Cost., 4 luglio 2003, n. 227, *cit.*; C. Cost., 25 novembre 2008, n. 387, in *Giur. cost.*, 2008, p. 4551 ss..

33 C. Cost., 6 febbraio 2009, n. 30, in *Giur. cost.*, 2009, p. 229 ss.

alcune specie ancorchè nocive[34]. Per questo motivo, le Regioni non possono ampliare il novero dei soggetti autorizzati all'esecuzione dei piani di abbattimento, tassativamente elencati dall'art. 19. Peraltro, tutti i soggetti legittimati a procedere agli abbattimenti debbono sempre ed in ogni caso essere muniti delle autorizzazioni prescritte, in particolare della licenza per il porto di fucile ad uso caccia. Rappresenta infatti un principio generale dell'ordinamento giuridico quello per cui l'attività venatoria in qualsiasi forma (iva inclusi i piani di abbattimento) può essere esercitata soltanto da coloro che sono in possesso delle competenze e conoscenze richieste ed accertate attraverso il conseguimento delle prescritte autorizzazioni[35].

Per quanto concerne le deroghe di cui all'art. 19 bis della legge, la Corte[36] ha *ab initio* ricordato che la relativa disciplina è di esclusiva spettanza statale, «al fine di garantire l'omogeneità di applicazione della normativa comunitaria volta alla conservazione degli uccelli selvatici», fatta salva la possibilità delle Regioni di intervenire nel senso di limitare e non ampliare il numero delle eccezioni. Il provvedimento regionale di deroga, comunque, per risultare legittimo, deve ottenere l'intesa ministeriale e il controllo positivo dell'INFS. Più di recente la Corte[37] ha statuito al riguardo tre principi di rilievo: a) il potere di deroga è diretto a consentire non tanto la caccia, quanto piuttosto l'abbattimento o la cattura di uccelli selvatici appartenenti alle specie protette dalla direttiva 79/409/CEE, e la disciplina statale è attuativa di prescrizioni comunitarie volte alla protezione della fauna; b) tale potere è esercitabile dalle Regioni soltanto in via eccezionale, e non in via ordinaria[38], ed esclusivamente quando non vi siano soluzioni alternative, come recita la direttiva; c) le Regioni non possono autorizzare i prelievi in deroga attraverso leggi-provvedimento, perché ciò precluderebbe l'esercizio del potere di annullamento del Presidente del Consiglio nei riguardi dei provvedimenti derogatori regionali contrastanti

34 C. Cost., 21 ottobre 2005, n. 392, in *Giur. cost.*, 2005, p. 3872 ss.

35 C. Cost., 20 febbraio 2007, n. 38, in *Giur. cost.*, 2007, p. 324 ss.

36 C. Cost., 22 luglio 1996, n. 272, *cit.*

37 C. Cost., 4 luglio 2008, n. 250, in *Giur. cost.*, 2008, p. 2927 ss., con nota di L. Platania, *Legge provvedimento autoapplicativa, violazione del giudicato costituzionale e responsabilità del legislatore (riflessioni a margine delle sentenze nn. 250 e 405 del 2008)*, *ivi*, p. 5109 ss.

38 Ragion per cui è intervenuta la declaratoria di illegittimità della l. Regione Lombardia 5 febbraio 2007, n. 2, laddove prevedeva che ogni anno il Consiglio regionale provvedesse all'approvazione con legge-provvedimento dei prelievi in deroga, senza neppure verificare previamente la sussistenza di un danno effettivo.

con la direttiva e con la legge[39]. Con una pronuncia di poco successiva[40], la Corte ha altresì sottolineato la necessità che il provvedimento regionale debba dettagliare e circoscrivere le deroghe, in particolare indicandone espressamente le finalità (tra quelle previste dalla normativa comunitaria e statale) nella motivazione[41].

Ancora, in una recente pronuncia[42] la Corte ha ricondotto alla materia della "caccia" la disciplina dell'attività di addestramento dei cani, siccome strumentale all'esercizio dell'attività venatoria[43], per poi ribadire la necessità del rispetto dei principi di programmazione faunistico-venatoria stabiliti dall'art. 10 della legge statale e delle garanzie procedimentali di cui all'art. 18 della stessa legge, che costituiscono standard minimi uniformi stabiliti dal legislatore statale a tutela dell'ambiente.

Da ultimo, due pronunce[44] hanno precisato che la delimitazione degli ambiti territoriali di caccia, seppur rimessa alla competenza regionale, deve comunque avvenire nel rispetto del carattere e della dimensione di subprovincialità previsti dalla legge statale.

Fermo quanto sopra, gli eventuali spazi rimessi per sottrazione all'intervento del legislatore regionale, nell'esercizio della sua competenza residuale in materia di "caccia", risultano particolarmente angusti. Potrebbe ipotizzarsi una competenza regionale a disciplinare le modalità, le forme e i mezzi di esercizio dell'attività venatoria, nei limiti di ciò che non risulta strettamente indispensabile ad assicurare la sopravvivenza e la riproduzione delle specie cacciabili[45]. Riguardo al profilo della pianificazione del territorio, dovrebbe auspicabilmente pervenirsi ad una riconfigurazione e/o qualificazione dei limiti e criteri stabiliti al riguardo dall'art. 10 della

39 Su proposta del Ministro degli affari regionali, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio, previa delibera del Consiglio dei Ministri e diffida alla Regione interessata.

40 C. Cost., 25 novembre 2008, n. 387, *cit.*

41 Del resto, giova ricordare che l'art. 9.2. della direttiva prescrive che la deroga debba menzionare le specie che ne formano oggetto, i mezzi e i metodi di cattura e uccisione e le relative condizioni di rischio, le circostanze di tempo e di luogo, l'autorità che gestisce il regime derogatorio ed effettua i controlli.

42 C. Cost., 17 luglio 2013, n. 193, *cit.*

43 L'art. 10, co. 8, lettera s), l. n. 157/1992 prevede che nell'ambito dei piani faunistico-venatori debbono essere ricompresi anche «le zone e i periodi per l'addestramento, l'allenamento e le gare dei cani anche su fauna selvatica naturale o con l'abbattimento di fauna di allevamento appartenente a specie cacciabili».

44 C. Cost., 20 giugno 2013, n. 142, in *Giur. cost.*, 2013, p. 2157 ss.; C. Cost., 1 giugno 2016, n. 124, in *Giur. cost.*, 2016, p. 1002 ss.

45 E così, ad esempio, la disciplina delle modalità di annotazione dei capi abbattuti sul tesserino venatorio, come ha avuto modo di chiarire C. Cost., 6 ottobre 2006, n. 322, in *Giur. cost.*, 2006, p. 3215 ss.

legge quali standard minimi di tutela, in modo da consentire alle Regioni di intervenire con discipline migliorative dirette ad introdurre nuove e più specifiche forme di pianificazione territoriale[46]. Allo stesso modo, sempre nell'ottica di una tutela più estesa rispetto a quella fissata dagli standard di determinazione statale, le Regioni potrebbero disporre di seppur ridotti margini di intervento anche in ordine all'elencazione delle specie cacciabili e alla delimitazione del periodo venatorio, a condizione «di limitare e non di ampliare il numero di eccezioni al divieto generale di caccia»[47].

4 4. Le aree naturali protette. L'evoluzione della disciplina tra mutamento di prospettiva e riparto delle competenze

Il secondo strumento di fondamentale importanza ai fini della tutela della fauna selvatica e della biodiversità[48] è senz'altro rappresentato dall'istituzione delle c.d. aree naturali protette[49], la cui disciplina è contenuta nella l. 6 dicembre 1991, n. 394.

Similmente a quanto si è visto a proposito della caccia, anche la *ratio* ispiratrice della disciplina delle aree naturali protette ha subito nel corso dei decenni una graduale evoluzione[50]. In origine, infatti, si era sviluppata una normativa disorganica ed episodica[51], il cui minimo comune denominatore era rappresentato dalla marcata attenzione rivolta alla tutela dell'interesse paesaggistico, mediante un regime vincolistico diretto alla salvaguardia di alcune zone di ridotte dimensioni dall'influenza delle attività umane[52]. Si trattava di una concezione c.d. "museale", in virtù della

46 Sul punto v. M. Gorlani, *op. cit.*, p. 4.

47 C. Cost., 27 ottobre 1988, n. 1002, *cit.*; C. Cost., 22 luglio 1996, n. 272, *cit.*

48 E' sufficiente richiamare al riguardo le parole di Cons. Stato, sez. VI, 16 novembre 2004, n. 7472, ove si afferma che «la protezione della natura mediante il parco è la forma più alta ed efficace tra i vari modelli possibili di tutela dell'ambiente».

49 Riguardo alle quali v., almeno, G. Ceruti (a cura di), *Aree naturali protette*, Milano, 1993; S. Masini, *Parchi e riserve naturali. Contributo ad una teoria della protezione della natura*, Firenze, 1997; C. Desideri, C. A. Graziani, *I parchi nazionali: problemi giuridici e istituzionali*, Milano, 1998; C. Desideri, F. Fonderico, *I parchi nazionali per la protezione della natura*, Milano, 1998; A. Abrami, *Il regime giuridico delle aree protette*, Torino, 2000; F. Teresi, *Parchi (voce)*, in *Enc. dir., Agg. V*, Milano, 2001, p. 789 ss.; A. Crosetti, *Aree Naturali Protette (voce)*, in *Dig. disc. pubbl., Agg.*, Torino, 2008, p. 1 ss.

50 Al riguardo v. A. Rissolio, *Le aree naturali protette e le zone umide*, in A. Crosetti, R. Ferrara, M. A. Sandulli (a cura di), *op. cit.*, p. 700 ss.

51 Si allude, ovviamente, alle leggi istitutive dei c.d. parchi storici del Gran Paradiso, dell'Abruzzo, del Circeo e dello Stelvio.

52 Al riguardo v. D. Serrani, *La disciplina normativa dei parchi nazionali*, Milano, 1976; P. Ferri, *Parchi*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, p. 623 ss.;

quale i diversi enti e soggetti coinvolti nella gestione delle aree risultavano privi di effettivi poteri e strumenti di compartecipazione e impossibilitati a disciplinare e promuovere lo svolgimento di attività umane compatibili con quella, preminente, di tutela dell'ambiente. In questa visione, in buona sostanza, il dato naturalistico prevaleva su quello "antropico"[53].

Gradualmente tale concezione è stata superata, a vantaggio di una visione più attenta a conciliare armonicamente la salvaguardia dell'ambiente con lo sviluppo delle attività umane con essa compatibili, attraverso il passaggio «da una tutela passiva ad una tutela attiva»[54]. Espressiva di tale nuova concezione risultava anzitutto la l. 8 agosto 1985, n. 431 (c.d. "legge Galasso")[55], ove si prevedeva la possibilità dell'apposizione di vincoli su aree di vaste dimensioni, anche al fine di una loro gestione dinamica ed integrata, volta cioè a conferire il dovuto rilievo, oltre al dato naturalistico, anche a quello antropico, vale a dire alle «testimonianze della presenza dell'uomo sul territorio».

La ridetta visione ha infine ricevuto definitiva consacrazione ad opera della legge quadro del 1991, all'interno della quale la necessità di addivenire ad un'armonica compenetrazione tra l'ambiente naturale e le attività umane compatibili con la sua difesa viene proclamata fin dal primo articolo, laddove si enuncia l'obiettivo di dettare «principi fondamentali per l'istituzione e la gestione di aree naturali protette al fine di garantire e di promuovere, in forma coordinata, la conservazione e la valorizzazione del patrimonio naturale del paese» anche attraverso l'applicazione di «metodi di gestione o di restauro ambientale idonei a realizzare un'integrazione tra uomo e ambiente naturale, anche mediante la salvaguardia dei valori antropologici, archeologici, storici e architettonici e delle attività agro-silvo-pastorali tradizionali» nonché la «promozione di attività di educazione, di formazione e di ricerca scientifica, anche interdisciplinare, nonché di attività ricreative compatibili». Chiaramente, le attività umane di vario genere (economico-commerciali, industriali, turistiche, edilizie) dirette ad assicurare lo sviluppo ed il benessere delle popolazioni stanziate all'interno o in prossimità delle aree protette possono essere consentite e promosse soltanto laddove non si pongano in aperto contrasto con gli obiettivi di protezione ambientale o ne facilitino il conseguimento.

53 C. Cost., 24 luglio 1972, n. 142, in *Giur. cost.*, 1972, p. 1432 ss., ove si affermava che la creazione di parchi «vuole soddisfare l'interesse di conservare integro, preservandolo da alterazione o manomissione, un insieme paesistico». Riguardo a tale pronuncia v. S. BARTOLE, *Il ruolo delle Regioni nella giurisprudenza costituzionale sui decreti delegati di trasferimento delle funzioni*, in *Giur. cost.*, 1972, p. 843 ss., e G. GROTTANELLI DE' SANTI, *L'assoluzione dei decreti di trasferimento delle funzioni dallo Stato alle Regioni*, *ivi*, p. 2868 ss.

54 Per adoperare le parole di P. BARILE, *Parchi e riserve: la legge cornice*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, p. 1378.

55 «Disposizioni urgenti per la tutela delle zone di particolare interesse ambientale».

Sotto il diverso profilo del riparto delle competenze legislative ed amministrative in *subiecta materia*[56] occorre preliminarmente rilevare come, fin dall'inizio, la disciplina delle aree naturali protette fosse stata ricondotta nell'ambito materiale relativo alla "protezione della natura"[57], intesa in senso ampio, tanto nei suoi profili ambientali quanto in quelli paesaggistici[58]. Apparentemente, si trattava pertanto di un ambito materiale rimesso alla competenza legislativa esclusiva statale, siccome non incluso tra quelli elencati dall'art. 117 Cost. Ciò, peraltro, sarebbe apparso perfettamente coerente con la configurazione unitaria del valore ambientale (come tale insuscettibile di una tutela eccessivamente differenziata e parcellizzata) e della dimensione nazionale dell'interesse sotteso alla sua tutela. In realtà, però, non si era mancato di sottolineare[59] come la disciplina delle aree protette andasse a toccare anche altre materie, come l' "urbanistica", la "caccia", l'"agricoltura", il "commercio", il "turismo", l'"industria", rimesse alla competenza regionale.

Proprio in virtù di questi intrecci e sovrapposizioni, il quadro del riparto delle competenze appariva ambiguo e di incerta delineazione. In effetti, tanto nella legislazione attuativa della Costituzione quanto nella giurisprudenza della Corte costituzionale la disciplina *de qua* iniziò ad essere gradualmente annoverata tra quelle di competenza concorrente e, in ogni caso, si assistette al sempre più marcato coinvolgimento delle Regioni nelle attività di istituzione e gestione dei parchi naturali anche attraverso la previsione di adeguati strumenti e forme di coordinamento con gli organi statali.

Dapprima il d.p.r. 15 gennaio 1972, n. 11 aveva attribuito alle Regioni la facoltà di istituire, con legge, i parchi regionali, mentre veniva mantenuta ferma la competenza statale in ordine ai parchi nazionali. Numerose Regioni avevano pertanto emanato leggi contenenti un piano regionale dei parchi, per poi provvedere (sempre con legge) all'istituzione dei singoli parchi e alla loro regolamentazione mediante piani territoriali di coordinamento diretti a conciliare le attività di protezione ambientale con quelle antropiche con esse compatibili.

56 V. al riguardo, prima della riforma del Titolo V, D. Serrani, *Parchi naturali e regioni ordinarie*, Milano, 1976; L. Andreani, *Regione e parchi naturali*, Milano, 1983.

57 C. Cost., 24 luglio 1972, n. 142, *cit.*

58 V. G. F. Cartei, *Tutela dei parchi naturali e nozione costituzionale di paesaggio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1993, p. 609 ss.; B. Caravita, F. Salmoni, *Protezione della natura: la disciplina dei parchi e delle riserve naturali*, in B. Caravita (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2001, p. 290; A. Crosetti, *op. cit.*, p. 135 ss. In ordine alla nozione estensiva dell'ambiente e del paesaggio cfr. A. Predieri, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in Aa. Vv. (a cura di), *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea costituente. Vol. II: le libertà civili e politiche*, Firenze, 1969, p. 381 ss.

59 V. ancora B. Caravita, F. Salmoni, *op. cit.*, p. 288.

Successivamente, l'art. 83 del d.p.r. 2 luglio 1977, n. 616 aveva trasferito alle Regioni tutte le funzioni amministrative relative agli interventi per la protezione della natura, le riserve e i parchi naturali, tanto statali quanto regionali, esistenti o di futura istituzione, rinviando all'emanazione della futura legge quadro la definitiva delimitazione dell'assetto delle competenze. In tal modo, come aveva giustamente rilevato la Corte costituzionale[60], la disposizione in parola presupponeva che si versasse in una materia di competenza concorrente, riguardo alla quale veniva rimessa al legislatore statale (per il tramite, appunto, di una legge quadro) la determinazione dei principi fondamentali, della disciplina generale della materia, suscettibile di sviluppi successivi da parte dei legislatori regionali a mezzo di normative di dettaglio. La medesima disposizione, al co. 4, riservava in capo al Governo, nell'esercizio della funzione di indirizzo e coordinamento, il potere di individuare i territori nei quali istituire nuove riserve e parchi di carattere interregionale, carattere riferito dalla Corte costituzionale non alla dimensione sovraregionale degli interessi coinvolti, bensì all'estensione territoriale dell'area entro i confini di più Regioni[61]. Successivamente la stessa Corte costituzionale ha esteso tale potere statale anche ai parchi e alle riserve di interesse nazionale attribuendo così -in contrario avviso rispetto alla precedente pronuncia- maggiore rilevo alla dimensione dell'interesse piuttosto che al profilo territoriale[62].

La prevalenza del criterio della dimensione dell'interesse rispetto a quello territoriale, del resto, ha ricevuto successivamente inequivoca conferma ad opera dell'art. 5, l. 8 luglio 1986, n. 349, istitutiva del Ministero dell'Ambiente, cui venivano rimesse tutte le funzioni di competenza statale in materia di aree protette già elencate dal d.p.r. n. 616/1977, alle quali si aggiungeva la facoltà di individuare «zone di importanza naturalistica nazionale e internazionale promuovendo in esse la costituzione di parchi e riserve naturali».

La legge quadro n. 394 del 1991[63], emanata dopo una lunga gesta-

60 C. Cost., 27 ottobre 1988, n. 1029, in *Giur. cost.*, 1988, p. 4935 ss., con note di B. Caravita, *I parchi nazionali tra protezione della natura e tutela ambientale: la Corte riscrive l'art. 83 del d.p.r. n. 616 del 1977 e detta criteri per la legge quadro al legislatore*, *ivi*, p. 4954 ss., e A. Pisaneschi, *I parchi nazionali tra competenza esclusiva e concorrente in una sentenza "indirizzo" della Corte costituzionale*, *ivi*, p. 4977 ss. Nella ridetta pronuncia la Corte aveva direttamente individuato i principi informatori della materia desumendoli dalla normativa vigente e si era spinta oltre fino addirittura a suggerire uno schema di struttura della futura legge quadro, come rileva A. Rissolio, *op. cit.*, p. 706.

61 C. Cost., 25 luglio 1984, n. 223, in *Giur. cost.*, 1984, p. 1551 ss.

62 C. Cost., 15 novembre 1988, n. 1031, in *Giur. cost.*, 1988, p. 5012 ss., con nota di A. Costanzo, *Nota "a prima lettura" alla sent. n. 1031 del 1988 della Corte costituzionale*, *ivi*, p. 5029 ss.

63 Riguardo alla quale v. P. Maddalena, *La legge quadro sulle aree protette*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, p. 648 ss.; B. Caravita, *Potenzialità e limiti della recente legge sulle aree protette*, in *Riv. giur. amb.*, 1994, p. 1ss.

zione[64], ha a sua volta individuato molteplici tipologie di aree protette, distinguendole sulla base della dimensione nazionale (o sovranazionale) oppure meramente regionale dell'interesse sotteso (art. 2). Vi sono così i parchi naturali, statali e regionali[65] e le riserve naturali, statali o regionali[66], riguardo alle quali ultime le finalità di tutela della flora, della fauna e dell'ecosistema nell'ottica della conservazione della biodiversità risultano assolutamente prevalenti per non dire esclusive, con conseguente minore spazio ed attenzione per la disciplina e lo sviluppo di altre attività compatibili. Sotto il profilo del riparto delle competenze tra Stato, Regioni ed enti locali, invece, che verrà esaminato con maggiore attenzione nel paragrafo successivo, in questa sede è sufficiente anticipare come la legge rimetta in linea di principio al legislatore e agli organi statali le funzioni relative all'istituzione e alla gestione delle aree naturali protette di interesse statale e ai legislatori e agli organi regionali le funzioni relative all'istituzione e gestione delle aree protette di interesse regionale, riservando comunque un ruolo di primario rilievo al principio di leale collaborazione tra i diversi livelli territoriali di governo[67].

64 L'art. 83, d.p.r. n. 616/1977 aveva stabilito in due anni il termine entro il quale la legge avrebbe dovuto essere emanata!

65 I primi si distinguono per il loro rilievo nazionale o internazionale o comunque per la presenza di «valori naturalistici, scientifici, estetici, culturali, educativi e ricreativi tali da richiedere l'intervento dello Stato ai fini della loro conservazione per le generazioni presenti e future». I secondi sono caratterizzati dalla presenza di sistemi naturalistici omogenei nell'ambito di una o più Regioni limitrofe.

66 Alle quali si aggiungono le aree marine protette, le zone umide di interesse internazionale individuate dalla Convenzione di Ramsar del 1971, le zone di protezione speciale (ZPS) individuate dalla direttiva "Uccelli" del 1979 e le zone speciali di conservazione (ZSC) individuate dalla direttiva "habitat" del 1992, c.d. siti di "Natura 2000".

67 Art. 1, co. 5, laddove si prevede che «Nella tutela e nella gestione delle aree naturali protette, lo Stato, le Regioni e gli enti locali attuano forme di cooperazione e di intesa ai sensi dell'articolo 81 del decreto del Presidente della Repubblica 24 luglio 1977, n. 616, e dell'articolo 27 della legge 8 giugno 1990, n. 142».

5 (Segue) Il riparto delle competenze dopo la riforma del Titolo V della Costituzione: le competenze statali e il coinvolgimento nel loro esercizio delle Regioni e degli enti locali

In conseguenza della revisione costituzionale intervenuta nel 2001, non vi è ora alcun dubbio in ordine alla riconducibilità della disciplina delle aree protette nell'ambito della materia della "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema", riservata alla competenza legislativa esclusiva statale *ex* art. 117, co. 2, lett. *s)*, Cost., che costituisce al contempo il fondamento e il titolo competenziale necessario per la permanenza in vita della l. n. 394 del 1991[68]. Trattandosi di una materia di carattere "trasversale", risulta chiaro che la disciplina dettata dal legislatore statale riguardo alle aree protette è legittimata ad invadere anche ambiti materiali di competenza regionale concorrente o residuale quali, ad esempio, quelli relativi all'"agricoltura", al "commercio", al "turismo", all'"industria", per tutto ciò che concerne la previsione delle modalità e dei limiti e/o divieti di esercizio delle ridette attività all'interno o in prossimità dei confini dell'area protetta. Maggiore attenzione verrà riservata, al termine del presente lavoro, all'incidenza spiegata dalla disciplina delle aree protette sugli ambiti materiali di competenza regionale relativi alla "caccia" e al "governo del territorio", soprattutto in riferimento alle specifiche problematiche afferenti, rispettivamente, ai divieti e limiti di esercizio dell'attività venatoria all'interno delle aree protette e nelle zone contigue, da un lato, e alla disciplina del regime edificatorio entro il medesimo ambito territoriale, dall'altro.
Naturalmente, anche in questo caso, la disciplina statale deve limitarsi a definire degli standard minimi di salvaguardia uniformi ed inderogabili *in peius* da parte delle Regioni le quali, comunque, nell'esercizio delle competenze legislative loro spettanti nelle materie "trasversalmente" incise, risulterebbero comunque legittimate a prevedere e introdurre livelli di tutela ambientale più elevati di quelli prescritti dal legislatore statale.

Sul piano delle funzioni amministrative, è noto che ai sensi dell'art. 118, co. 2, Cost. è rimesso al legislatore statale il compito di provvedere, *ratione materiae*, al loro riparto tra i diversi livelli territoriali di governo che compongono l'ordinamento repubblicano. Sotto questo profilo, può ritenersi che il quadro tracciato dalla l. n. 394/1991 non sia stato inciso

68 Sul tema v. G. Vespertini, *Il riparto delle funzioni in materia ambientale: un'introduzione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, p. 551 ss.; F. Schena, *Il riparto di competenze fra Stato e Regioni nel quadro della normativa in materia di aree naturali protette*, in *Dir. giur. agr. amb.*, 2007, p. 519 ss.; C. Baseggio, *Competenze statali, regionali e locali in tema di aree naturali protette nella giurisprudenza della Corte costituzionale e nella recente legislazione regionale*, in *Ist. fed.*, 2007, p. 513 ss. La competenza statale al riguardo è stata ribadita di recente, seppur in riferimento alle aree marine protette, da C. cost., 15 febbraio 2017, n. 36, in *cortecostituzionale.it*.

dalla Novella costituzionale e possa pertanto mantenersi sostanzialmente inalterato ed immutato, seppur con le precisazioni che occorrerà svolgere riguardo alle aree protette regionali. Prima di procedere oltre e di passare ad esaminare il quadro del riparto delle competenze *in subiecta materia*, occorre sottolineare il ruolo preminente che è comunque chiamato a svolgere, riguardo a pressochè tutti i profili di disciplina, il principio di leale collaborazione, attraverso gli strumenti e le sedi che ne consentono la concreta applicazione. L'importanza rivestita da tale principio è dovuta, come ha sottolineato la Corte costituzionale[69], all'intreccio e alla sovrapposizione delle diverse, molteplici competenze statali e regionali coinvolte nella disciplina delle aree naturali.

Quanto appena detto riceve conferma già in ordine al profilo di disciplina afferente alla classificazione delle aree protette. La funzione di stilare e aggiornare periodicamente il relativo elenco ufficiale è infatti rimessa al Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio, previa intesa con le Regioni da raggiungersi in sede di Conferenza Stato Regioni[70].

Il principio di leale collaborazione dovrebbe ricevere applicazione anche riguardo alla procedura di istituzione delle aree naturali protette nazionali, suddivisa in diverse fasi -dall' individuazione all'istituzione vera e propria, fino alla delimitazione definitiva-, che coinvolgono in varia misura diverse competenze statali e regionali[71]. Per quanto concerne i parchi nazionali, l'art. 8 della legge ne prevede l'istituzione e la delimitazione definitiva a mezzo di un d.p.r., adottato su proposta del Ministero dell'Ambiente, sentite le Regioni interessate. Allo stesso modo, riguardo alle riserve naturali di interesse statale, l'istituzione avviene tramite un decreto del Ministero dell'Ambiente, previa consultazione delle Regioni. Il decreto istitutivo dell'area naturale protetta, *ex* art. 17, deve determinarne i confini e deve indicare l'organismo preposto alla gestione, le caratteristiche principali dell'area, le finalità istitutive e i vincoli operanti.

La normativa intervenuta successivamente al riguardo sembra essersi mossa in due direzioni apparentemente antitetiche. Da un lato, infatti, gli artt. 76 e 77, d. lgs. 31 marzo 1998, n. 112 hanno rafforzato le competenze statali sotto un duplice profilo. *In primis*, hanno espressamente ribadito che l'individuazione, l'istituzione e la disciplina generale delle aree protette nazionali compete allo Stato (e per esso al Ministero dell'Ambiente). In seconda battuta, pur mantenendo ferma la necessità della previa consultazione della Conferenza Unificata, hanno eliminato il programma triennale delle aree naturali protette, in precedenza approvato mediante

69 C. Cost., 18 ottobre 2002, n. 422, *cit.*

70 In origine tale funzione era rimessa al Comitato per le aree naturali protette, soppresso dal d. lgs. 28 agosto 1997, n. 281.

71 C. Cost., 18 ottobre 2002, n. 422, *cit.*

un procedimento amministrativo al quale erano chiamate a partecipare con un ruolo rilevante anche le Regioni[72], a mezzo del quale si progettava lo sviluppo di un sistema nazionale delle aree protette provvedendo al contempo alla ripartizione delle risorse finanziarie. Dall'altro la l. 9 dicembre 1988, n. 426 ha rafforzato il potere collaborativo delle Regioni prevedendo, attraverso la modifica dell'art. 2, co. 7, l. n. 394/1991, che l'istituzione debba essere preceduta non da un loro mero parere, bensì dal raggiungimento con le stesse di una vera e propria intesa. Ciascuna delle diverse fasi che compongono il procedimento istitutivo, pertanto, prevede comunque il coinvolgimento delle Regioni attraverso il ricorso a istituti e strumenti espressivi del principio di leale collaborazione. In realtà, però, il ruolo effettivamente svolto dalle Regioni all'interno dei processi decisionali risulta assai più ridotto di quanto potrebbe apparire a prima vista, a causa del ben noto fenomeno del depotenziamento dell'efficacia degli strumenti di leale collaborazione ad opera della Corte costituzionale cui si è assistito nel corso dell'ultimo decennio[73]. Al riguardo, per quanto ci interessa in questa sede, occorre ricordare come, già in precedenza, gli orientamenti prevalenti della giurisprudenza amministrativa ritenessero che l'organo consultante potesse prescindere dal parere e procedere quindi unilateralmente nell'ipotesi di prolungata inerzia regionale. Allo stesso modo, la Corte costituzionale[74] ha espressamente e risolutamente escluso l'efficacia condizionante e vincolante dell'intesa, il cui mancato raggiungimento non impedirebbe pertanto agli organi statali di decidere unilateralmente in ordine all'istituzione o meno di un'area protetta nazionale. Con la medesima pronuncia, del resto, la Corte costituzionale ha ritenuto legittimo il procedimento mediante il quale l'art. 34 della legge ha

72 Il piano veniva infatti approvato dal Comitato per le aree naturali protette (successivamente, a seguito della sua soppressione ad opera del d. lgs. 28 agosto 1997, n. 281, dalla Conferenza Stato-Regioni, subentrata nell'esercizio delle sue funzioni) all'interno del quale sedevano, accanto ad alcuni Ministri, ben sei Presidenti regionali (o assessori regionali) designati dalla Conferenza Stato-Regioni.

73 Come noto, infatti, la Corte costituzionale ha sancito che i pareri non sono mai vincolanti e che l'organo consultante ne può prescindere, procedendo unilateralmente indipendente dal fatto che siano stati resi o meno, a condizione che l'organo consultato sia stato messo lealmente nella condizione di renderlo e gli sia stato assegnato un termine congruo e che, ciononostante, sia rimasto inerte. Allo stesso modo, è ormai svanita la distinzione tra intese "deboli" e intese "forti", perché la Corte ha statuito che il mancato raggiungimento di quest'ultime non impedisce all'organo statale di procedere unilateralmente, a condizione che dimostri di avere svolto ulteriori, reiterate trattative dirette a rimuovere e superare il dissenso regionale. In ordine al depotenziamento degli strumenti di leale collaborazione mi sia consentito rinviare a M. Mancini, *La resistibile ascesa, l'inesorabile declino e l'auspicabile rilancio del principio di leale collaborazione*, in *Reg.*, 2013, p. 985 ss.

74 C. Cost., 18 ottobre 2002, n. 422, *cit.*

istituito direttamente alcuni parchi nazionali[75], demandando al Ministero dell'Ambiente il compito di provvedere alla loro delimitazione provvisoria e definitiva, dopo avere sentito le Regioni e gli enti locali interessati.

Sempre riguardo al medesimo profilo, un'altra rilevante funzione attribuita al Ministero concerne l'adozione delle c.d. misure di salvaguardia, disciplinate dall'art. 6 della legge, riguardo ad aree che necessitino di immediata protezione e che risulterebbero esposte ad un pericolo concreto ed attuale nelle more del completamento del procedimento istitutivo "ordinario". Si tratta, come noto, di misure di carattere sostanzialmente conservativo, alcune delle quali espressamente previste al co. 3, adottabili in casi di necessità ed urgenza riguardo ad aree previamente individuate. Ebbene, occorre sottolineare come, diversamente da quanto prescritto dall'art. 34 riguardo alle aree protette istituite direttamente dalla legge, non sia prevista al riguardo alcuna forma di coinvolgimento preventivo delle Regioni e degli enti locali interessati. La mancata previsione di istituti di leale collaborazione sarebbe dovuta, come è stato esattamente rilevato[76], alle ragioni di necessità ed urgenza che impongono l'immediata adozione delle misure conservative e verrebbero frustrate dal ricorso a strumenti di codecisione. Il coinvolgimento delle Regioni viene comunque garantito in via successiva, *ex post*, laddove si prevede che la proposta di istituzione dell'area protetta e le relative misure di salvaguardia devono essere esaminate dalla Conferenza Stato-Regioni nella prima seduta successiva alla pubblicazione del provvedimento di individuazione dell'area suscettibile di immediata ed urgente protezione.

Considerazioni analoghe possono svolgersi anche riguardo ai profili organizzativi, in particolar modo per quanto concerne le funzioni di gestione dei parchi nazionali, rimesse *ex lege* ad un ente pubblico *ad hoc*, denominato Ente parco. Non si tratta di un ente territoriale[77], non essendo in alcun modo rappresentativo delle comunità insediate all'interno dei confini del parco, bensì statale, come comprovano tanto il suo assoggettamento alla vigilanza del Ministero dell'Ambiente, rispetto al quale esercita funzioni ausiliarie e strumentali, quanto la sottoposizione al regime degli enti parastatali.

Sotto questo profilo, il principio di leale collaborazione riceve comunque applicazione riguardo alla composizione degli organi dell'Ente e alle relative procedure di formazione ed investitura. E così, il Presidente è nominato con decreto del Ministro dell'Ambiente, ma è necessaria la previa intesa con le Regioni e le Province autonome territorialmente interessate,

75 Sul presupposto che l'utilizzo della legge, anziché del procedimento amministrativo, è espressiva del potere sovrano del Parlamento di rappresentare l'interesse nazionale.

76 A. Rissolio, *op. cit.*, p. 711.

77 Come rimarca S. Masini, *op. cit.*, p. 114.

e il mancato avvio del procedimento volto ad ottenerla rende illegittima la designazione, coma ha avuto cura di precisare la Corte costituzionale[78]. Cinque dei dodici membri del Consiglio direttivo, anch'essi nominati con decreto ministeriale sentite le Regioni, sono designati dalla Comunità del parco, a sua volta composta dai Presidenti delle Regioni e delle Comunità montane e dai Sindaci dei Comuni interessati, e quindi sono "naturalmente" poetati a garantire la rappresentatività degli interessi e delle esigenze delle popolazioni residenti[79]. La Regione territorialmente interessata (o le Regioni, d'intesa tra loro) sono poi chiamate a designare uno dei tre membri del Collegio dei revisori dei conti -nominati con decreto del Ministro dell'Economia- cui è rimesso il controllo contabile sugli atti dell'Ente. Il Direttore del parco, infine, che è posto al vertice della struttura amministrativa dell'Ente, è scelto tra una rosa di tre nomi individuati dal Consiglio direttivo, di fronte al quale risponde del suo operato.

Le Regioni e gli enti locali risultano quindi adeguatamente rappresentati negli organi più importanti dell'Ente, istituzionalmente deputati ad occuparsi delle questioni di maggiore rilievo, vale a dire il Consiglio direttivo e la Comunità del parco. Entrambi, infatti, partecipano alla formazione del bilancio e dello statuto dell'Ente[80], deliberati dal Consiglio previo parere obbligatorio della Comunità[81], e soprattutto sono direttamente ed incisivamente coinvolti nell'elaborazione e deliberazione degli strumenti di pianificazione e gestione del parco, il Regolamento, il piano e il piano pluriennale economico-sociale. Riguardo a quest'ultimi, inoltre, vi è da dire che le Regioni e gli enti locali, al di là del ruolo svolto dagli organi dell'Ente di cui fanno parte loro esponenti, sono comunque direttamente coinvolti nella complessa procedura che conduce alla loro definitiva approvazione e adozione.

Il Regolamento (art. 11) viene deliberato dal Consiglio direttivo, previo parere obbligatorio della Comunità, e viene successivamente approvato dal Ministro dell'Ambiente, previo parere degli enti locali interessati d'intesa con le Regioni e le Province autonome interessate[82]. E' uno strumento

78 C. Cost., 20 gennaio 2004, n. 27, in *Giur. cost.*, 2004, p. 438 ss.

79 Come sottolinea A. Rissolio, *op. cit.*, p. 713 ss. Ciò ha determinato, come rileva G. F. Cartei, *op. cit.*, p. 612, il superamento della concezione del parco come «struttura autoritativa del territorio», spesso istituita in spregio e in contrasto alle esigenze delle comunità locali.

80 Successivamente trasmesso al Ministero vigilante per la verifica di legittimità e la successiva adozione con decreto ministeriale.

81 Che può esprimere il proprio parere su qualsiasi questione qualora vi sia una richiesta in tal senso da parte di un terzo dei componenti del Consiglio direttivo.

82 Il Regolamento acquista efficacia dopo novanta giorni dalla sua pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale; nelle more i Comuni devono adeguare i propri regolamenti a quello dell'Ente parco, destinato comunque a prevalere *ex lege* in caso di eventuale contrasto.

diretto a disciplinare l'esercizio delle attività consentite nel parco, con particolare riguardo alla tipologia e alle modalità di costruzione di opere e manufatti; lo svolgimento di attività artigianali, commerciali, di servizio e agro-silvo-pastorali, sportive, ricreative, educative, di ricerca scientifica e biosanitaria; alla previsione di limiti alle emissioni sonore, luminose o di altro genere; alla possibilità di affidare alcune attività ad associazioni di volontariato o comunità terapeutiche; alla predisposizione di strutture per anziani, disabili e portatori di handicap; alla valorizzazione degli usi, dei costumi, delle consuetudini e delle attività tradizionali delle popolazioni residenti sul territorio, nonché delle espressioni culturali caratteristiche delle comunità locali. Restano fermi i divieti espressamente previsti dal co. 3, relativi all'esercizio di una serie di attività, quali la caccia, l'apertura di cave, miniere e discariche e la modificazione del regime delle acque, che potrebbero pregiudicare le esigenze di salvaguardia della biodiversità, riguardo ai quali il Regolamento potrebbe introdurre delle deroghe, volte a consentire l'esercizio delle ridette attività sotto il controllo e previa autorizzazione motivata dell'Ente parco.

Il principale strumento di pianificazione e gestione del parco è rappresentato dal piano (art. 12), anch'esso adottato all'esito di una procedura complessa che vede coinvolti gli organi dell'Ente parco, gli organi statali, le Regioni e gli enti locali. Il piano viene infatti predisposto e deliberato dal Consiglio direttivo, sulla base di criteri definiti congiuntamente con la Comunità, chiamata comunque ad esprimere un parere obbligatorio. Esaurita la fase interna all'Ente parco, vi è l'adozione del piano da parte della Regione, cui consegue l'apertura di un fase partecipativa della durata di novanta giorni, durante la quale gli interessati possono proporre le proprie osservazioni, all'esito della quale vi è l'approvazione definitiva da parte della Regione, d'intesa con l'Ente parco e, in alcuni casi, con i Comuni interessati. Il piano, come noto, è diretto a suddividere il territorio del parco in diverse zone, distinguendole in virtù delle loro particolarità morfologiche, naturalistiche, antropologiche e culturali, al precipuo scopo di assoggettare ciascuna di esse al regime di gestione ritenuto più adeguato, caratterizzato da forme differenziate di uso, godimento e tutela. In particolare, sono previste quattro zone, riguardo a ciascuna delle quali si stabilisce un grado di protezione diverso, di maggiore o minore incisività. Rilevano, in prima battuta, le "riserve integrali", assoggettate ad un regime di salvaguardia e conservazione integrale, con conseguente divieto di svolgimento di qualsivoglia attività umana modificativa. Le altre tre zone, invece, vengono assoggettate ad un regime di protezione meno rigido, con conseguente possibilità di interventi umani modificativi, nell'ottica di conciliare le esigenze di salvaguardia con quelle di sviluppo delle comu-

nità locali[83] e di creare delle zone di «passaggio graduale dal paesaggio antropizzato a quello naturale»[84]. Oltre alla zonizzazione del territorio, il piano è chiamato a disciplinare anche i vincoli di uso pubblico delle aree, i sistemi di accessibilità veicolare e pedonale, le attrezzature e i servizi per la gestione sociale del parco, i criteri per gli interventi sulla flora, sulla fauna e sull'ambiente naturale.

Il piano pluriennale economico e sociale per la promozione delle attività compatibili (art. 14), infine, viene elaborato dalla Comunità, nel rispetto delle previsioni del Regolamento e del piano, sottoposto alla motivata valutazione del Consiglio direttivo e approvato dalla Regione o dalle Regioni interessate. Questo strumento, il cui obiettivo è quello di conciliare la salvaguardia dei valori naturalistici-ambientali con la promozione delle attività sociali ed economiche delle popolazioni residenti, si occupa di disciplinare la promozione delle attività agro-silvo-pastorali, artigianali e turistiche, la concessione di sovvenzioni a privati o enti locali, la predisposizione di impianti per il risparmio energetico, gli interventi diretti a favorire l'occupazione giovanile e il volontariato, l'accessibilità e la fruizione da parte dei portatori di handicap.

Sotto un ultimo profilo, occorre rilevare come siano riservati agli organi statali anche i poteri di controllo sulle aree naturali protette nazionali, che si sostanziano in attività di vigilanza e di sorveglianza. L'esercizio delle prime, come anticipato, è rimesso al Ministero dell'Ambiente. Le attività di sorveglianza, invece, dirette a monitorare, a fini preventivi o repressivi, lo svolgimento delle attività all'interno del parco, sono rimesse al Corpo forestale dello Stato, e più precisamente al coordinamento territoriale dislocato presso ciascun Ente parco. Per la verità, il personale del Corpo forestale versa in una situazione di codipendenza, perché pur essendo incardinato organicamente e gerarchicamente nella struttura del Corpo, è altresì assoggettato ad un vincolo di dipendenza funzionale dell'Ente parco che, peraltro, nello svolgimento di tali attività può avvalersi anche di propri dipendenti, i quali acquisiscono la qualifica di guardie giurate ma non di agenti di pubblica sicurezza. La loro attività consiste essenzialmente nel verificare ed assicurare il rispetto di tutte le disposizioni dirette alla

83 Si distinguono così le "riserve generali orientate", nelle quali sono consentite la prosecuzione delle attività produttive tradizionali, la realizzazione delle infrastrutture strettamente necessarie e le opere di manutenzione ordinaria e straordinaria degli edifici esistenti, fermo il divieto di costruire nuove opere, ampliare quelle esistenti o eseguire opere di trasformazione del territorio; le "aree di protezione", nelle quali è consentita la prosecuzione delle attività agro-silvo-pastorali, di pesca e raccolta, secondo gli usi tradizionali e con metodi di agricoltura biologica; le "aree di promozione economica e sociale", nelle quali sono consentite tutte le attività dirette, compatibilmente con le finalità istitutive del parco, al miglioramento della vita socio-culturale delle collettività locali e al godimento del parco da parte dei visitatori.

84 Così A. Rissolio, *op. cit.*, p. 716.

salvaguardia dell'area protetta, siano esse contenute nella legge quadro, negli strumenti pianificatori o nelle ordinanze dell'Ente parco.

Compete infine all'Ente parco, e per esso al suo Presidente, l'esercizio dei poteri sanzionatori diretti a reprimere le violazioni, in particolare quelle relative allo svolgimento di attività in difformità dalle previsioni del piano o dei provvedimenti di nulla osta, disciplinati dagli artt. 29 e 30 della legge. In particolare, sono previste l'emissione di un'ordinanza di immediata sospensione dell'attività esercitata in difformità dal piano, dal Regolamento o dal nulla-osta con conseguente riduzione in pristino a spese del trasgressore e, in caso di inosservanza, l'esecuzione pubblica in danno dei trasgressori nonchè, in caso di violazione delle prescrizioni impartite dall'organo di gestione, l'irrogazione di una specifica sanzione amministrativa.

6 (Segue) Le competenze regionali

La legge quadro riserva alle Regioni un ampio ventaglio di competenze e funzioni relative ai parchi naturali regionali e alle riserve regionali.

Anzitutto, la loro individuazione e istituzione viene rimessa alla legge regionale, all'esito di un procedimento nel quale devono essere coinvolti le Province, le comunità montane e i Comuni interessati, chiamati a redigere, all'interno di apposite conferenze, un documento di indirizzo relativo all'analisi territoriale dell'area da assoggettare al regime di protezione. L'istituzione deve comunque avvenire nel rispetto dei principi fondamentali declinati dagli art. 22 e seguenti della legge, la cui *ratio* ispiratrice è quella di garantire il rafforzamento del collegamento tra il parco e le collettività locali e la possibilità di predisporre strumenti di pianificazione e gestione funzionali ai territori coinvolti.

In conseguenza dell'avvenuto radicamento in capo allo Stato della competenza legislativa esclusiva in materia di "tutela dell'ambiente", però, risulta dubbio il fondamento costituzionale della competenza legislativa regionale concorrente delineato dalla legge quadro.

In alcuni casi la Corte costituzionale[85], proprio in virtù della "trasversalità" della materia, ha ritenuto legittimi gli interventi legislativi regionali diretti a istituire e disciplinare le aree protette di interesse regionale, siccome espressivi di materie di competenza residuale regionale quali la "caccia" o l'"agricoltura", salvo il principio per cui le Regioni possono

85 C. Cost., 8 marzo 2005, n. 108, in *Giur. cost.*, 2005, p. 977 ss.; C. Cost., 5 marzo 2009, n. 61, in *Giur. cost.*, 2009, p. 545 ss.; C. Cost., 4 giugno 2010, n. 193, *cit.*; C. cost., 26 gennaio 2012, n. 14, in *Giur. cost.*, 2012, p. 132 ss., con nota di M. Michetti, *La pineta dannunziana al vaglio della Consulta: un ambiguo intreccio tra "valorizzazione" e "tutela" ambientale*, *ivi*, p. 136 ss.; C. Cost., 6 luglio 2012, n. 171, in *Giur. cost.*, 2012, p. 2517 ss.

introdurre livelli di tutela ambientale più elevati di quelli fissati come standard minimi dal legislatore statale e non una disciplina derogatoria *in peius*.

Anche sulla scorta delle indicazioni contenute in altre pronunce della Corte[86], invece, parte della dottrina[87] ritiene piuttosto che, alla luce della Novella costituzionale, le competenze attribuite dalla legge quadro alle Regioni in ordine all'istituzione delle aree naturali protette rivestano la natura di funzioni amministrative, pur a dispetto della previsione del loro esercizio a mezzo dello strumento legislativo. In buona sostanza, la legge quadro assumerebbe le sembianze di una legge di conferimento delle funzioni amministrative alle Regioni.

Le Regioni, comunque, anche in epoca successiva alla Novella costituzionale del 2001, hanno continuato ad emanare vere e proprie leggi quadro dirette ad armonizzare in chiave sistematica il quadro delle aree protette regionali, in un'ottica di integrazione del dato naturalistico-ambientale con quello antropico.

Al riguardo, le esperienze più significative si registrano in Piemonte[88], laddove si è pervenuti alla creazione di una vera e propria «rete ecologica regionale», Calabria, ove si è istituito un «sistema integrato delle aree protette», costituito anche da tipologie di aree protette di nuovo conio, diverse ed ulteriori rispetto a quelle previste dalla normativa statale[89], analogamente a quanto già previsto in precedenza dalla Lombardia[90], dove era stata introdotta un'accurata classificazione dei parchi naturali, il cui criterio distintivo è rappresentato dal maggiore o minore livello di esercizio delle attività umane consentito entro i confini delle aree protette.

Le maggiori differenze all'interno delle leggi regionali riguardavano, almeno in una prima fase, la scelta dei modelli di gestione delle aree naturali protette. La maggior parte delle Regioni, infatti, sulla scorta delle previsioni della normativa statale, aveva optato per l'istituzione di un ente *ad hoc*; altre, invece, come la Lombardia e l'Emilia Romagna, avevano scelto la

86 C. Cost., 29 ottobre 2009, n. 272, *cit.*; C. Cost., 4 giugno 2010, n. 193, *cit.:* «la legge quadro deve essere interpretata come una legge di conferimento alle Regioni di funzioni amministrative di tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali da esercitare secondo il principio di leale collaborazione».; C. Cost., 3 marzo 2011, n. 70, in *Giur. cost.*, 2011, p. 1114 ss., con nota di L. Colacino Cinnante, *La protezione dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali tra legislazione esclusiva statale e competenze regionali*, *ivi*, p. 1120 ss.

87 S. Civitarese Matteucci, *op. cit.*, p. 5142; A. Rissolio, *op. cit.*, p. 725 ss.

88 Legge Regione Piemonte 29 giugno 2009, n. 19.

89 Legge Regione Calabria, 14 luglio 2003, n. 10, che introduce nuove tipologie di aree protette quali i «monumenti naturali regionali» e i «paesaggi protetti».

90 Legge Regione Lombardia, n. 86/1993, come modificata dalla l. 8 novembre 1996, n. 32, che classificava i parchi in «parchi fluviali», «parchi montani», «parchi agricoli», «parchi forestali» e «parchi di cintura metropolitana».

strada dei consorzi tra enti locali. Quest'ultima opzione è divenuta però di fatto impraticabile a seguito dell'approvazione della l. 23 dicembre 2009, n. 191 (legge finanziaria 2010), che ha previsto la soppressione della figura organizzativa dei consorzi tra enti locali. Lombardia ed Emilia Romagna hanno provveduto ad adeguarsi alla legge con modalità diverse: nell'un caso, infatti, i consorzi sono stati trasformati in enti di diritto pubblico; nell'altro, sono stati costituiti enti di gestione cui è stata affidata la cura di più aree protette ricadenti nella medesima area.

Per quanto concerne le funzioni di sorveglianza sulle attività di gestione, l'art. 27 della legge quadro precisa che nelle aree naturali protette regionali sono di competenza delle Regioni con la precisazione che, nel caso di aree suddivise tra più Regione, spetta all'atto istitutivo l'individuazione dell'organo competente.

Occorre infine ricordare che le Regioni dispongono di ampi margini di intervento anche riguardo alla disciplina delle c.d. "zone contigue" alle aree protette, vale a dire i territori confinanti rispetto ai quali si rende comunque opportuno un controllo delle attività umane. In particolare, l'art. 32 prevede che i confini delle stesse siano individuati dalla Regione interessata, d'intesa con l'organismo di gestione dell'area. Le Regioni stesse, sempre d'intesa con l'organismo di gestione e con gli enti locali interessati, laddove sia necessario per assicurare la conservazione dei valori delle aree protette, possono altresì stabilire piani e programmi ed eventuali misure di disciplina delle attività estrattive, della pesca e soprattutto, come si vedrà di qui a poco, dell'attività venatoria. Per quanto riguarda le aree contigue interregionali, ciascuna Regione provvede per la parte di territorio di propria pertinenza, d'intesa con le altre, promossa dalla Regione nel cui territorio è situata la maggior parte dell'area naturale protetta.

7 (Segue) Rapporti tra disciplina delle aree naturali protette, "governo del territorio" ed esercizio dell'attività venatoria

Come si è già anticipato la disciplina delle aree naturali protette, pur ricadendo in virtù del criterio della "prevalenza" nell'ambito della materia "trasversale" della "tutela dell'ambiente", presenta profili di stretta interrelazione anche con le materie, rispettivamente di competenza regionale concorrente e residuale, del "governo del territorio" e della "caccia".

Sotto il primo profilo, occorre ribadire che è rimessa agli strumenti di gestione dell'area protetta, e in particolare al Regolamento del parco, la disciplina dell'esercizio delle attività umane consentite al suo interno, con particolare riguardo, per quanto ci interessa, alle modalità di costruzione delle opere e dei manufatti. Allo stesso modo, abbiamo visto come le attività di costruzione, ricostruzione e manutenzione di opere edilizie siano

consentite in diversa misura all'interno delle diverse zone in cui il parco è suddiviso in base alle apposite previsione dettate al riguardo dal piano. Si tratta di disposizioni chiaramente dettate al fine precipuo di salvaguardare la biodiversità attraverso la protezione del dato-naturalistico ambientale dal dato antropico, espressive pertanto della materia finalistica della "tutela dell'ambiente" e destinate quindi a prevalere, in virtù del carattere "trasversale", su ogni altra materia di competenza regionale, ivi inclusa quella relativa al "governo del territorio".

In particolare, occorre al riguardo prestare attenzione all'istituto del nulla osta dell'Ente parco[91], cui risultano assoggettate tutte le attività che si intendone esercitare entro i confini dell'area naturale protetta. In pratica, ciascuna di queste attività deve essere previamente autorizzata dal Consiglio direttivo dell'Ente parco (chiamato ad esaminare le relative richieste) mediante un apposito provvedimento di nulla osta, che deve essere reso entro il termine di sessanta giorni, prorogabile di una sola volta per ulteriori trenta giorni, decorso il quale opera il meccanismo del silenzio-assenso[92]. Si tratta di un provvedimento-presupposto[93], il cui ottenimento costituisce la condizione indispensabile per il rilascio di ulteriori titoli autorizzatori e concessori, soprattutto edilizi-urbanistici e paesaggistici, per l'esercizio di attività all'interno dell'area protetta.

Tale provvedimento può essere rilasciato dall'Ente parco soltanto laddove sia stata previamente accertata la piena compatibilità degli interventi modificativi richiesti con le previsioni e disposizioni del Regolamento e del piano. Al riguardo, si pongono due questioni di rilievo. La prima attiene alla possibilità o meno di provvedere al rilascio del nulla osta in attesa ed in assenza dell'avvenuta emanazione dei due strumenti di gestione e pianificazione che ne costituiscono i parametri di conformità. Secondo un orientamento minoritario[94], nelle more dell'approvazione del Regolamento e del piano l'Ente parco non potrebbe rilasciare il nulla osta e riceverebbero applicazione le misure di salvaguardia, eventualmente integrate

91 Sul punto v. G. Ceruti, *L'istituzione ed il nulla osta delle aree naturali protette nella recente giurisprudenza ordinaria, amministrativa e costituzionale*, in *Riv. giur. amb.*, 2003, p. 185 ss.

92 Al riguardo, peraltro, occorre registrare l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale. Ad avviso di T.A.R. Roma, sez. II, 13 dicembre 2007, n. 13241, in *Dir. giur. agr.,* 2008, p. 514 ss., visto che la l. 7 agosto 1990, n. 241, come modificata dalla l. 14 maggio 2005, n. 80, esclude l'applicabilità dell'istituto in parola in materia paesaggistica ed ambientale, l'art. 13 della legge quadro dovrebbe intendersi *in parte qua* tacitamente abrogato. Il Consiglio di Stato, però (Cons. Stato, sez. VI, 29 dicembre 2008, n. 6591, in *Riv. giur. amb.*, 2009, p. 514 ss.), ha sancito la sopravvivenza dell'istituto, con la sola eccezione delle ipotesi di procedimenti di sanatoria per opere abusive già realizzate (al riguardo v. Cons. Stato, sez. VI, 21 giugno 2011, n. 3723, in *Foro amm., C.D.S.*, 2011, p. 2080 ss.).

93 V., sul punto, A. Crosetti, *op. cit.*, p. 145; A. Rissolio, *op. cit.*, p. 720.

94 T.A.R. Toscana, 19 febbraio 2002, n. 288, in *Foro it.*, 2002, II, p. 599 ss.

dalle misure indicate nel provvedimento istitutivo dell'Ente stesso. Di contrario avviso la giurisprudenza di legittimità[95] che, seppur in riferimento ai parchi preesistenti all'entrata in vigore della legge quadro, ha ribadito la necessità del nulla osta a prescindere dall'approvazione del Regolamento e del piano. Peraltro il Consiglio di Stato[96] ha affermato che, in assenza degli strumenti di pianificazione e gestione, la valutazione di conformità dovrebbe avere riguardo ai principi emergenti dalla normativa di riferimento. La seconda questione riguarda la natura del provvedimento. Secondo taluni[97] non si tratterebbe di un atto autorizzatorio, siccome privo di qualsivoglia margine di discrezionalità e implicante una mera valutazione di compatibilità tecnica con gli strumenti di gestione del parco. Ad avviso di altri[98], vi sarebbe invece un ampio margine di discrezionalità nell'ipotesi di rilascio del nulla osta in assenza e in attesa del Regolamento e del piano.

Vi è peraltro da dire che la necessità del previo nulla osta e la valutazione di compatibilità degli interventi modificativi con gli strumenti pianificatori che il suo rilascio presuppone costituiscono una diretta ed inevitabile conseguenza della prevalenza del piano del parco su ogni altro strumento di pianificazione urbanistico e paesaggistico[99], espressamente sancita dal co. 7 dell'art. 12 della legge quadro, ove si precisa anche che ha valore di dichiarazione di pubblico interesse e di indifferibilità per gli interventi in esso previsti.

Per quanto concerne, invece, i rapporti con l'esercizio dell'attività venatoria[100], occorre anzitutto evidenziare che -come è ovvio che sia- vige un espresso divieto di caccia all'interno delle aree naturali protette, presidiato con sanzioni penali. In particolare, l'art. 22, co. 6 della l. n. 394/1991

95 Cass. pen., sez. III, 13 dicembre 2006, n. 4594, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1569 ss.; Cons. Stato, sez. VI, 20 gennaio 2009, n. 265, in *Foro amm., C.D.S.*, 2009, p. 261 ss.

96 Cons. Stato, sez. V, 20 agosto 2001, n. 4469, in *Riv. giur. amb.*, 2002, p. 60 ss.

97 G. Di Plinio, *Il nulla osta dell'Ente parco*, in *Riv. amb.*, 2002.

98 G. Schiesaro, *Commento all'art. 13*, in G. Ceruti (a cura di), *op. cit.*, p. 114 ss., nonché Cons. Stato, sez. VI, 5 ottobre 2001, n. 5270, in *Riv. giur. amb.*, 2000, p. 748 ss.

99 Sotto quest'ultimo profilo, però, è opportuno sottolineare che l'art. 145, co. 3, d. lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 («Codice dei beni culturali e del paesaggio»), prevede che le disposizioni dei piani paesaggistici prevalgono su quelle degli strumenti di pianificazione territoriale previsti dalle normative di settore, inclusi quelli degli enti di gestione delle aree naturali protette, nei limiti di ciò che è necessario ai fini della tutela ambientale, come ha di recente ribadito C. Cost., 10 marzo 2017, n. 50, in *www.cortecostituzionale.it*. Ciò stante, a carico dei piani del parco vi è un obbligo di conformazione ed adeguamento ai piani paesaggistici, come ha previsto anche C. Cost., 30 maggio 2008, n. 180, in *Giur. cost.*, 2008, p. 2124 ss. Al riguardo v. F. Di Dio, *Cogenza del piano paesaggistico sul piano di assetto delle aree naturali protette: siamo sicuri che si tratti di un rapporto gerarchico?*, in *Riv. giur. amb.*, 2008, p. 801 ss.

100 In argomento v. I. Gorlani, *La caccia nelle aree contigue ai parchi*, in *Dir. giur. agr. alim. e amb.*, 2012, p. 484.

vieta la caccia all'interno dei parchi nazionali e regionali mentre consente all'interno di quest'ultimi e delle riserve regionali i prelievi faunistici e gli abbattimenti selettivi necessari per ricomporre gli equilibri ecologici. L'art. 21, co. 1, lett. *b)*, l. n. 157/1992 ribadisce il divieto richiamando proprio la normativa sulle aree naturali protette[101].

Problematiche particolari sono insorte riguardo all'esercizio dell'attività venatoria nelle "zone contigue" alle aree naturali protette. Al riguardo, come noto, l'art. 32, co. 3, l. n. 394/1991 prevede che le Regioni possono disciplinare l'esercizio dell'attività venatoria soltanto nella forma della caccia controllata, riservata ai soli residenti nei Comuni dell'area naturale protetta e dell'area contigua. Sotto questo profilo, di particolare interesse risulta una recente pronuncia con la quale la Corte costituzionale[102] ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una legge regionale che, consentendo la caccia anche ai soggetti non residenti nelle "aree contigue", e più precisamente a quelli abilitati all'esercizio dell'attività venatoria anche negli ambiti territoriali di caccia (ATC) e nei comprensori alpini di caccia (CAC), di fatto espandeva la platea dei soggetti legittimati a cacciare nelle "aree contigue", con conseguente minore tutela della fauna selvatica e della biodiversità rispetto allo standard minimo fissato dal legislatore statale. In buona sostanza, pertanto, la Corte, ritiene che anche la disciplina della caccia nelle "aree contigue", siccome volta alla protezione della fauna selvatica ivi stanziata e dell'ecosistema di cui fa parte, ricada nella materia della "tutela dell'ambiente" destinata, in virtù del suo carattere "trasversale", a prevalere su eventuali disposizioni regionali che introducessero un regime derogatorio *in peius*. La Corte[103] ha altresì chiarito che il divieto riceve applicazione anche nei riguardi delle aree protette regionali, perchè la finalità della protezione della fauna selvatica è connaturata all'istituzione di ogni zona protetta, pur mantenendo ferma la facoltà delle Regioni di introdurre, nell'esercizio di proprie competenze legislative, forme e livelli di tutela più elevati rispetto a quelli minimi, adeguati e non riducibili apprestati dal legislatore statale.

Più di recente, ha avuto modo di intervenire al riguardo anche il Con-

101 Riguardo al problema della vigenza del divieto di caccia in assenza della necessaria delimitazione e perimetrazione della aree naturali protette tramite la tabellazione prescritta ex art. 10, co. 9, l. n. 157/1992, v. A. Rissolio, *op. cit.*, p. 763 ss.

102 C. Cost., 11 novembre 2010, n. 315, in *Giur. cost.*, 2010, p. 4419 ss., in riferimento all'art. 25, co. 18, l. Regione Liguria 1 luglio 1994, n. 29. Già in precedenza, C. Cost., 27 luglio 1992, n. 366, in *Giur. cost.*, 1992, p. 2893 ss., con nota di G. Nizzero, *Parchi e Regioni differenziate*, *ivi*, p. 2923 ss., aveva stabilito che la disciplina dell'art. 32, l. n. 394/1991 costituiva una disposizione di principio, limitativa della competenza legislativa esclusiva in materia di "caccia" delle Regioni a statuto speciale.

103 C. Cost., 4 giugno 2010, n. 193, *cit.*

siglio di Stato[104], che ha chiarito in modo definitivo i rapporti tra l. n. 394/1991 sulle aree naturali protette e l. n. 157/1992 sulla caccia. In particolare, ha precisato che la l. n. 157/1992, con l'abrogazione della precedente l. n. 968/1977 e la conseguente sostituzione del sistema della caccia controllata con quello della caccia programmata, non ha determinato alcuna conseguenza in ordine alle disposizioni che a quel sistema si richiamavano, ancora pienamente in vigore laddove compatibili. E' il caso dell'art. 32, l. n. 394/1991 che non può ritenersi abrogato non solo e non tanto in virtù del carattere di specialità che connota la legge quadro sulle aree protette rispetto a quella sulla caccia, ma anche e soprattutto perché la previsione della riserva dell'esercizio dell'attività venatoria nelle "aree contigue" alle zone protette, già prevista in riferimento al sistema della caccia controllata, risulta pienamente compatibile anche con il sistema della caccia programmata siccome non riguarda limiti di tempo, di luogo e di capi da abbattere, bensì di soggetti autorizzati.

104 Cons. Stato, sez. VI, 6 dicembre 2012, n. 3319, in *Dir. e giur. agr., alim. e amb.*, 2012, p. 482 ss.

Ricerche giuridiche e-ISSN 2281-6100
Vol. 6 – Num. 1 – giugno 2017

Il futuro dell'Europa
Integrazione differenziata e ortodossia neoliberale

Alessandro Somma
(Professore ordinario di Diritto comparato nell'Università di Ferrara, Italia)

Abstract While Europe is celebrating its 60th birthday, the Commission has started a debate on the future of the Union, which includes a reflection on the feasibility of flexible integration. For many the latter solution will benefit countries in trouble with the respect of the so-called Maastricht criteria as the backbone of the European Monetary Union. The author shows that, on the contrary, flexible integration aims at strengthening the supremacy of Germany as the center of the Eu and the submission of the countries representing its periphery: above all southern Europe, with its constitutionalism traditionally based on economic democracy. All this prevent from questioning the neoliberal inspiration of the Eu, wich therefore needs to be challenged by enhancing democratic social conflict at national level. The author suggests that this is the only way to promote a social value based fiscal policy and to derive from it a monetary policy in line with the purpose of promoting a Europe of rights.

Keywords Unione Europea. Integrazione differenziata. Unione economico monetaria. Diritti sociali.

1 La Brexit e l'Europa e due velocità

Nell'anno in cui ha compiuto sessant'anni, la costruzione europea viene diffusamente avvertita come un catalizzatore di povertà vecchie e nuove, disoccupazione soprattutto giovanile e chiusure xenofobe, tanto che la sua sopravvivenza non è più un dato scontato. Ovunque, in modo più o meno insistente, si discute apertamente di abbandonarla, mentre per la prima volta un Paese ha formalmente avviato le procedure per farlo. Il futuro dell'Europa è insomma più incerto che mai.

In tutto questo non stupisce certo che anche tra i principali leader europei sia oramai diffusa l'intenzione di accettare, se non incentivare, forme di integrazione differenziata. Neppure stupisce che l'ultima vicenda all'origine di questa intenzione sia stato il referendum sulla Brexit: in particolare la fase delle trattative tra la Commissione europea e l'allora Premier David Cameron, a cui si volevano offrire concessioni per convin-

DOI 10.30687/Rg/2281-6100/2018/01/003
Submitted: 2017-12-13 | Accepted: 2018-02-01

cere i cittadini inglesi circa l'opportunità di restare nell'Unione europea[1].

Le concessioni principali ruotavano proprio attorno al riconoscimento dell'Europa a più velocità, esplicitato nella formula per cui vi sono «diversi percorsi di integrazione a disposizione dei diversi Stati membri». Di qui la precisazione che l'Unione economica e monetaria e l'Unione bancaria avrebbero rispettato i diritti e le competenze di Londra, soprattutto quelle in tema di vigilanza del sistema creditizio. L'Europa avrebbe cioè rinunciato a vigilare sugli istituti finanziari della City, una vera e propria enclave eretta a protezione di uno dei maggiori paradisi fiscali del pianeta.

Non erano da meno le concessioni sulle politiche sociali europee, e in particolare quelle per cui il Regno Unito avrebbe potuto giovarsi della libera circolazione dei lavoratori provenienti da altri Paesi membri, senza tuttavia riconoscere loro i medesimi livelli di welfare assicurati ai propri lavoratori: potendo discriminarli sulla base della nazionalità, graduando nel tempo l'accesso alle prestazioni di sicurezza sociale. Il tutto completato da una norma di chiusura per cui si sarebbero previste «misure volte a limitare flussi di lavoratori di ampiezza tale da produrre effetti negativi».

Come è noto, queste concessioni non produssero il risultato sperato, e tuttavia la vicenda offre lo spunto per una prima messa a fuoco delle finalità perseguite dall'integrazione differenziata: non certo rimettere in discussione la costruzione europea, ma al contrario proteggerla dai ripensamenti di chi non intende prendere parte alle iniziative volte a consolidarla. Lo possiamo evidenziare in modo esemplare richiamando le parole con cui Angela Merkel ha riassunto il senso del vertice con Paolo Gentiloni, François Hollande e Mariano Rajoi, tenutosi a Versailles nel marzo 2016, in vista delle celebrazioni per il sessantesimo compleanno dell'Europa unita. Con l'occasione la Cancelliera ha sottolineato che, in materia di economia, la strada intrapresa è quella giusta, e che anzi occorre accelerare: «dobbiamo avere il coraggio di accettare che alcuni Paesi possano andare avanti più rapidamente di altri»[2].

In altre parole l'Europa a più velocità non viene concepita per promuovere la diversità, come si sarebbe tentati di ritenere pensando che i più lenti potranno scegliere percorsi autonomi rispetto a quelli tracciati dai più veloci. Non solo, ai primi si accorderanno eventualmente margini di manovra nella scelta della tempistica per l'adeguamento a quanto scelto per loro dai secondi, ma nulla di più: potranno discutere la tabella di marcia, ma non avranno diritto di parola nell'individuazione della direzione di marcia. In particolare non potranno mettere in discussione l'architettura

1 Consiglio europeo del 18 e 19 febbraio 2016, *Conclusioni della Presidenza*, in www.consilium.europa.eu/it/european-council/conclusions.

2 *Merkel, Hollande, Gentiloni, vertice a Versailles: Serve Europa a velocità diverse* (7 marzo 2017), www.ansa.it/sito/notizie/politica/2017/03/06/gentiloni-a-versailles-vertice-a-4-con-hollande-merkel-e-rajoy-_fe690f7b-5c2d-498a-a854-1f91796df1ea.html.

prefigurata dal Trattato di Maastricht, alla base di un ordine economico pensato per favorire la stabilità dei prezzi e la circolazione dei capitali, e dunque per affossare la piena occupazione e la crescita sostenuta dalla domanda interna.

Il tutto sulla base del medesimo schema che caratterizza i numerosi negoziati con i Paesi in difficoltà nell'adeguarsi a quell'architettura, in particolare quanto al rispetto dei limiti al deficit. Di norma Bruxelles concede una dilazione dei tempi richiesti per l'adeguamento, senza tuttavia mettere in discussione la sua opportunità, o meglio ineludibilità. Con il risultato che i leader dei Paesi coinvolti, i quali presentano il compromesso come fosse una conquista, finiscono invece per dare ulteriore impulso alle riforme strutturali in linea con il Trattato di Maastricht, con ciò rendendole indiscutibili e mettendole al riparo dal conflitto sociale.

L'integrazione differenziata rappresenta cioè uno stimolo all'integrazione, e a monte un freno alla disintegrazione: è un rimedio all'ostilità dei Paesi intenzionati a contrastare lo sviluppo della costruzione europea, che consente loro di contestarla senza metterla in discussione, rendendoli dunque incapaci di resisterle[3]. Il tutto per non intralciare il fine ultimo della costruzione europea in quanto strumento per assecondare l'edificazione di un ambiente di favore per i mercati, ammettendo e anzi promuovendo nel contempo il sacrificio delle principali conquiste in campo sociale.

Peraltro l'integrazione differenziata allude a scenari che non sono stati immaginati per contrastare le forze centrifughe originate dalle vicende caratterizzanti l'attuale fase: la crisi economica e finanziaria e l'intensificarsi dei fenomeni migratori provocato dai conflitti mediorientali. La formula è risalente, e ricorre in occasione di altri passaggi critici nel processo di integrazione europea: primo fra tutti quello riconducibile al collasso del sistema monetario internazionale provocato al principio degli anni Settanta dalla decisione statunitense di sospendere la convertibilità del dollaro in oro. Ciò indusse l'allora Comunità economica europea a intensificare il cammino verso l'Unione economica e monetaria, che in particolare i tedeschi vollero però riservare ai Paesi le cui economie conoscevano accettabili livelli di inflazione[4]. Il tutto collocando in secondo piano l'obiettivo della piena occupazione, che pure veniva menzionato dal Trattato di Roma assieme alla stabilità dei prezzi, quindi preparando la svolta monetarista della politica europea e con essa l'affossamento del compromesso keynesiano.

Non si giunse a edificare l'Europa a più velocità, ma si crearono le condizioni per avviare l'Unione economia e monetaria, e soprattutto per

3 Cfr. D. Webber, *Successful and Genuine Failures: France, Germany and the Others in the History of Multi-Speed European political Integration* (2008), `www.jhubc.it/ecpr-riga/virtualpaperroom/125.pdf`.

4 V. in particolare il cosiddetto Piano Tindemans: *European Union, Report by Mr Leo Tindemans to the European Council*, in *Bulletin of the European Communities*, 1976, Supplement 1.

concepirla come strumento per imporre una decisa impronta neoliberale alle politiche di integrazione. E ciò fu possibile perché ai Paesi riluttanti si accordarono concessioni quanto ai tempi di realizzazione, senza tuttavia cedere su altri fronti, con ciò assecondando le istanze dei mercati internazionali e dei leader europei che se ne resero interpreti.

Di integrazione differenziata si parlò poi insistentemente in occasione dell'allargamento a est, ovvero quando si trattò di accogliere Paesi che avevano da poco abbandonato l'ideologia socialista e aderito ai principi dell'economia capitalista. Furono nuovamente i tedeschi a stimolare la discussione su questo aspetto, convinti che si sarebbe in tal modo accelerata la marcia verso il rispetto dei parametri di Maastricht, e nel contempo evitato un'intromissione dei Paesi più lenti nella concreta definizione dell'Unione economia e monetaria. Anche qui l'idea di una doppia velocità serviva per incentivare il processo di integrazione, mettendolo nel contempo al riparo da eventuali tentativi di alterarne l'ispirazione intimamente neoliberale[5].

Un nuovo dibattito sull'integrazione differenziata ha accompagnato le vicende legate alla bocciatura referendaria del Trattato sulla costituzione europea: si diceva che avrebbe consentito il definitivo consolidamento dell'Europa dei diritti oltre l'Europa dei mercati. Questa era la retorica utilizzata all'epoca, pensata per occultare quanto il Trattato avrebbe invece prodotto, e che è stato poi realizzato dal Trattato di Lisbona: l'ulteriore consolidamento dell'Europa dei mercati a scapito dell'Europa dei diritti. E non è un caso: tra coloro i quali hanno invocato l'Europa a più velocità spiccano i principali architetti di Maastricht, ovvero i custodi di un ordine economico incentrato sulla libera circolazione dei capitali e i vincoli al debito e al deficit pubblico, in quanto tale incompatibile con la promozione dell'Europa sociale[6].

2 Chi vuole di più fa di più

Alla luce di quanto abbiamo detto, emerge in modo chiaro che la crisi dell'Europa dipende solo in parte dalle vicende che stanno segnando l'ultimo decennio. Queste hanno indubbiamente un peso non trascurabile, ma i vizi di fondo si collocano a monte, e hanno a che vedere con i fondamenti del modello economico incarnato da Maastricht. Ciò nonostante Bruxelles

5 Il riferimento è al documento predisposto a metà anni Novanta da Wolfgang Schäuble e Karl Lamers: *Überlegungen zur europäischen Politik* (1. settembre 1994), www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/schaeuble-lamers-papier-1994.pdf.

6 Per tutti G. Verheugen, *Europa in der Krise*, Köln, Kiepenheuer & Witsch, 2005, p. 61 s. e G. Verhofstadt, *Die Vereinigten Staaten von Europa*, 2006, Eupen, Grenz-Echo-Verlag, 2006, p. 83 s.

non solo si mostra ferma nel volerli ribadire, ma coltiva anche l'intenzione di consolidarli. Il tutto, nuovamente, evocando l'Europa a più velocità, formula recentemente impiegata, oltre che nel dibattito precedente il referendum sulla Brexit, anche in quello suscitato dal suo risultato e dedicato al futuro dell'Europa.

Ma procediamo con ordine e consideriamo innanzi tutto quanto detto al vertice dei Capi di Stato e di governo tenutosi a Bratislava proprio all'indomani dell'esito referendario. In quell'occasione si è espressa solennemente la volontà di rilanciare la costruzione europea recuperando la fiducia dei cittadini scossi da «paure riguardo a migrazione, terrorismo e insicurezza economica e sociale»[7]. E tuttavia il modo di attuare questi propositi ha fin da subito evidenziato una precisa gerarchia dei problemi che Bruxelles intende affrontare.

Le prime misure adottate sono state quelle volte a evitare «i flussi incontrollati dello scorso anno» e a «ridurre ulteriormente il numero dei migranti irregolari»: incluso lo sviluppo degli accordi con la Turchia e con il governo libico di unità nazionale[8]. Anche la volontà di rilanciare la costruzione europea come baluardo per la sicurezza interna ed esterna dei cittadini è stata declinata in modo concreto: si intensificheranno i controlli antiterrorismo e si amplierà la cooperazione in materia di difesa. Più fumose, e soprattutto più ideologiche, le ricette concepite per fronteggiare l'insicurezza sociale ed economica. Ci si affiderà alle soluzioni neoliberali, evidentemente ritenute la panacea di tutti i mali: saranno il mercato unico digitale e un ulteriore sviluppo della libera circolazione dei capitali, a produrre sicurezza economica e sociale.

Il tutto è stato ribadito in occasione del vertice dei Capi di Stato e di governo dedicato ai temi economici e sociali, tenutosi il 9 marzo 2017[9]. È stata l'occasione per mostrare ottimismo, per celebrare una ripresa incerta e ancora impercettibile sul piano dell'occupazione, e soprattutto dell'equa distribuzione della ricchezza. Sufficiente però per affermare trionfalmente che «devono essere proseguite le riforme strutturali volte a modernizzare le nostre economie»: si deve cioè ridurre ancora la spesa sociale, privatizzare ciò che è ancora pubblico, liberalizzare i pochi servizi ai cittadini rimasti, e soprattutto precarizzare ancora di più il lavoro. E si deve ribadire «l'importanza che riveste per l'occupazione, la crescita e la

7 *Dichiarazione di Bratislava* del 16 settembre 2016, www.consilium.europa.eu/press-releases-pdf/2016/9/47244647412_it.pdf.

8 Cfr. Consiglio europeo del 15 dicembre 2016, *Conclusioni della Presidenza*, in www.consilium.europa.eu/it/european-council/conclusions e *Dichiarazione di Malta dei membri del Consiglio europeo sugli aspetti esterni della migrazione* del 3 febbraio 2017, www.consilium.europa.eu/it/meetings/european-council/2017/02/03-malta-declaration-it_pdf.

9 V. Consiglio europeo del 9 marzo 2017,*Conclusioni della Presidenza*, in www.consilium.europa.eu/it/european-council/conclusions.

competitività, un mercato unico funzionante basato sulle quattro libertà», ovvero la libera circolazione di merci, servizi, capitali e lavoratori europei. Il tutto, precisano i leader europei, da concepire come progetto da esportare oltre i confini dell'Unione. Se anche vi sono ostacoli lungo questa strada, come il recente affossamento del Trattato transatlantico di libero scambio (Ttip), si può avanzare con il Trattato tra Europa e Canada (Ceta), appena approvato dal Parlamento europeo, oltre che con nuovi accordi con l'America meridionale, il Messico, il Giappone e la Cina.

Insomma, il rilancio della costruzione europea è una combinazione di chiusure e aperture: le prime dedicate alle persone, le seconde riservate alle merci e ai capitali. Il tutto combinato con ampi riferimenti all'integrazione differenziata, celebrata se utile a presidiare lo sviluppo dell'Unione economica e monetaria in linea con i parametri di Maastricht, e denigrata invece se utilizzata per favorire l'elaborazione di politiche sociali.

Che questa sia l'unica ricetta che i leader europei sono disposti a concepire, lo testimoniano in particolare le iniziative intraprese dalla Commissione in occasione dei sessant'anni dell'Europa, prima fra tutte la pubblicazione del Libro bianco dedicato al futuro dell'Unione, e più precisamente al suo possibile assetto nel 2025[10]. Lì si immaginano cinque scenari alternativi che vale la pena illustrare per dare conto della ristrettezza della visione, oltre che della distanza che separa la tecnocrazia europea dalla sensibilità e dai bisogni dei cittadini europei.

Gli scenari individuati non mettono in discussione il livello di integrazione finora raggiunto, ma semplicemente prevedono diversi gradi di intensità per gli sviluppi futuri. L'intensità minore è quella per cui l'Europa decide di sviluppare «solo il mercato unico», ovvero di concentrarsi sulla libera circolazione delle merci e dei capitali, trascurando in particolare le politiche economiche e monetarie. È più impegnativo lo scenario per cui si decide di andare «avanti così», giacché prevede un incremento della cooperazione nella politica estera e di difesa, oltre che in materia di migrazione e sicurezza. La cooperazione sarebbe invece particolarmente intensa se si decidesse di «fare meno in modo più efficiente», giacché in questo caso riceverebbero impulso anche le iniziative volte a consolidare l'Eurozona. Si potrebbe però anche «fare molto di più insieme», e in particolare sviluppare l'Unione economica, finanziaria e di bilancio con la partecipazione di tutti i Paesi membri.

L'ultimo scenario non è inquadrabile in modo certo dal punto di vista dell'intensità dell'integrazione, perché riguarda il caso in cui «chi vuole di più fa di più». È l'idea di un'Europa a più velocità, concepita come una sorta di via di mezzo tra la scelta di andare «avanti così» e la volontà di

10 *Libro bianco sul futuro dell'Europa. Riflessioni e scenari per l'UE a 27 verso il 2025* del 1. marzo 2017 (Com/2017/2025 fin.).

«fare molto di più insieme». Un'idea indefinita, dal momento che la sua concreta manifestazione dipende da quanto decidono «una o più coalizioni di volenterosi che operano in ambiti specifici»:

> In questo modo nuovi raggruppamenti di Stati membri possono definire accordi specifici di tipo legale o finanziario per intensificare la cooperazione in settori selezionati. Come nel caso dello spazio Schengen o dell'euro, questo può avvenire sulla base del quadro UE27 comune, definendo tuttavia con chiarezza i diritti e le responsabilità. Lo statuto degli altri Stati membri è preservato e viene garantito loro il diritto di associarsi in un secondo tempo al gruppo che è andato più avanti.

Probabilmente a Bruxelles è sfuggita la paternità dell'espressione «coalizione di volenterosi»: fu scelta da George W. Bush per indicare i Paesi che lo appoggiarono nell'invasione dell'Iraq. Del resto il documento nel suo complesso denuncia la scarsa consapevolezza della posta in gioco, e ciò non solo perché tra gli scenari immaginati manca quello cui guardano i popoli europei stremati dall'austerità: quello della rottura o quantomeno della discontinuità rispetto all'Europa di Maastricht. A colpire sono anche le «immagini illustrative» scelte per esemplificare gli effetti dei cinque scenari descritti dalla Commissione, che non riguardano le vicende al centro delle preoccupazioni dei cittadini europei: come la possibilità di trovare o conservare un lavoro di qualità, il ripristino di un efficace sistema di sicurezza sociale, e più in generale il ritorno a forme di redistribuzione della ricchezza dall'alto verso il basso.

Nulla di tutto questo. Si dice ad esempio, per illustrare gli svantaggi nel caso in cui si decida di «andare avanti così», che si potranno «incontrare ostacoli giuridici e tecnici» nell'utilizzo di automobili connesse, ma andrebbe ancora peggio se ci si concentrasse sul mercato unico: gli europei sarebbero addirittura «restii a utilizzare automobili connesse». Le cose migliorerebbero invece se si volesse «fare meno in modo più efficiente», giacché si potrebbe istituire un'autorità «abilitata a liberare frequenze per i servizi di comunicazione transfrontalieri, come quelli necessari per utilizzare le automobili connesse». Peraltro i benefici sarebbero davvero notevoli solo deliberando di «fare molto di più insieme»: in tal caso «gli europei utilizzano le automobili connesse senza problemi in tutt'Europa».

3 La dimensione sociale dell'Europa

La riflessione sul futuro dell'Europa, con l'indicazione degli scenari possibili, non è stata condotta solo in termini generali. La Commissione ha prodotto anche alcuni approfondimenti dedicati a temi specifici: la dimensione sociale, la gestione della globalizzazione, l'Unione economica e monetaria e

la difesa europea e le finanze comuni. Anche in questo caso l'orizzonte è il 2025: un anno dal quale ci separano due elezioni per il Parlamento europeo e quindi almeno due rinnovi della Commissione europea (nel 2019 e nel 2024).

Il documento dedicato alla dimensione sociale ha visto la luce nello stesso giorno in cui è stata proposta la proclamazione del Pilastro europeo dei diritti sociali: un testo in verità meno ampio di quanto lasci intendere la sua intitolazione, dal momento che si concentra soprattutto sulle tematiche lavoristiche[11]. Lì si dispone innanzi tutto in tema di «accesso al mercato del lavoro», e in particolare di formazione, pari opportunità e sostegno attivo all'occupazione. Si tratta poi di «condizioni di lavoro eque», che tuttavia non devono intralciare «la necessaria flessibilità per adattarsi rapidamente ai cambiamenti del contesto economico», sebbene nel rispetto del diritto alla «tutela della salute e della sicurezza» e a una retribuzione capace di assicurare «un tenore di vita dignitoso». Infine si forniscono indicazioni in tema di «protezione sociale e inclusione» comprendenti un diritto a «prestazioni di disoccupazione di durata ragionevole», a un reddito minimo da coordinare con misure volte a spingere i disoccupati nel lavoro, alla pensione e in genere a risorse sufficienti per tutte le persone in età avanzata, all'assistenza sanitaria «a costi accessibili», all'«assistenza abitativa di qualità», e più in generale all'accesso ai «servizi essenziali di qualità compresi l'acqua, i servizi igienico-sanitari, l'energia, i trasporti, i servizi finanziari e le comunicazioni digitali».

Come si vede, ci troviamo di fronte a un elenco di diritti che per un verso sono pensati per attutire i conflitti prodotti dalla conformazione dell'esistenza dei lavoratori alle necessità del sistema produttivo, ma che per un altro verso ben possono rappresentare un buon punto di partenza per costruire un'alternativa all'Europa dei mercati. Purtroppo, però, il Pilastro europeo dei diritti sociali, se anche venisse approvato, presenterebbe i medesimi limiti di tutti le disposizioni che si occupano di Europa sociale. Si precisa infatti che «non comporta un ampliamento delle competenze dell'Unione quali definite nei Trattati», in cui le politiche sociali e occupazionali sono di norma affidate agli Stati, con il livello europeo incaricato tutt'al più di operare un mero coordinamento (artt. 2 e segg. Trattato sul funzionamento Ue). In linea con questo schema si precisa poi che non viene intaccata «la facoltà riconosciuta agli Stati membri di definire i principi fondamentali del loro sistema di sicurezza sociale», e soprattutto il loro «equilibrio finanziario»: i diritti sociali, diversamente dai diritti funzionali allo sviluppo del mercato unico, devono essere osservati e non anche rispettati, ovvero attuati nella misura in cui le misure a tal fine necessarie sono economicamente compatibili.

11 *Proposta di proclamazione interistituzionale sul pilastro europeo dei diritti sociali* del 26 aprile 2017 (Com/2017/151 fin.).

Insomma, se anche si dovesse realizzare lo scenario per cui i Paesi membri decidono di «fare molto di più insieme», scenario oltremodo irrealistico, la nascita dell'Europa sociale verrebbe impedita dalla necessità di rispettare i parametri di Maastricht. Pertanto il Pilastro europeo dei diritti sociali è, come del resto temuto dal Parlamento europeo, una mera «dichiarazione di principi e di buone intenzioni»[12].

E le cose non cambierebbero neppure per effetto di quanto detto nel documento della Commissione europea dedicato alla dimensione sociale dell'Europa[13]. Lì si premette che la dimensione sociale è «strettamente legata alle ambizioni economiche», e si individua di conseguenza il fondamento delle misure la cui adozione si attende dal livello europeo: non certo favorire l'emancipazione individuale e collettiva, bensì rimediare ai conflitti provocati dal funzionamento del mercato. È del resto questo ciò cui allude la locuzione «economia sociale di mercato», non a caso richiamata nel documento, che non concerne la costruzione di un capitalismo dal volto umano, bensì la riduzione dell'inclusione sociale a inclusione nel mercato. La locuzione vuole cioè evidenziare che il mercato costituisce di per sé un'istituzione sociale in quanto si fonda sul principio di concorrenza, e questo provvede alla migliore e più equa redistribuzione della ricchezza[14].

Di qui la precisazione che, se «la forza lavoro deve far fronte al ritmo accelerato dei cambiamenti, tanto per acquisire nuove competenze, quanto per adattarsi a nuovi modelli commerciali o a nuove preferenze dei consumatori», il modello sociale europeo deve attrezzarsi per assecondare «l'emergere di modelli di lavoro e condizioni di lavoro sempre più vari e irregolari che mettono fine alla prospettiva di una carriera tradizionale». Il tutto per condurci senza conflitti al punto di arrivo delle trasformazioni in atto, ovvero alla situazione in cui la mercificazione delle condotte umane riguarderà ogni momento dell'esistenza: quando finalmente si lavorerà «in qualsiasi momento, ovunque» e nel segno di una assoluta «commistione lavoro-vita privata».

Anche qui resta da comprendere con quale livello di integrazione l'Unione europea deve muoversi verso l'obiettivo dato: se con un livello elevato, con i Paesi membri intenzionati ad «approfondire insieme la dimensione sociale», oppure con un livello basso, quello necessario e sufficiente ad alimentare lo sviluppo del mercato unico e dunque a «promuovere la circolazione delle persone oltre le frontiere». Non manca ovviamente l'op-

12 *Risoluzione del Parlamento europeo su un pilastro europeo dei diritti sociali* del 19 gennaio 2017 (P8_TA-PROV/2017/0010).

13 *Documento di riflessione sulla dimensione sociale dell'Europa* del 26 aprile 2017 (Com/2017/206 fin.).

14 Al tema mi sono dedicato diffusamente ne *La dittatura dello spread. Germania, Europa e crisi del debito*, Roma, DeriveApprodi, 2014.

zione per cui «chi vuole fare di più potrebbe fare di più in campo sociale», pensata in particolare per i Paesi dell'Eurozona, che tuttavia non viene considerata con particolare favore, a ben vedere per lo stesso motivo per cui in altri ambiti si preferisce invece l'integrazione differenziata. Bisogna infatti sostenere lo sviluppo dell'ordine economico in senso neoliberale, e questo significa innanzi tutto che occorrono sistemi della sicurezza sociale capaci di sostenere un'indisturbata socializzazione delle perdite, indispensabile ad assicurare la privatizzazione dei profitti:

> A detta di molti, gli anni della crisi hanno dimostrato che i Paesi la cui moneta unica è l'Euro devono fare collettivamente di più in ambito sociale per preservare la forza e la stabilità dell'Euro ed evitare adeguamenti repentini del tenore di vita dei cittadini. Fermo restando che è preferibile adeguarsi preventivamente, questo non significa che i modelli sociali e i sistemi previdenziali di questi Paesi debbano diventare identici. Tuttavia, i loro mercati occupazionali e i loro sistemi sociali devono funzionare bene, in modo che, quando scoppierà la prossima crisi, la loro economia sia più resiliente e il benessere dei cittadini sia maggiormente tutelato.

Più in generale l'Europa sociale a più velocità va evitata in quanto, «laddove alla convergenza delle prestazioni economiche fa progressivamente riscontro la convergenza delle condizioni sociali, diminuiscono i timori di un dumping sociale e aumenta il sostegno a favore del mercato unico». Ecco il motivo principale per cui occorre armonizzare le misure che, se per un verso concernono l'ambito sociale, per un altro riguardano la possibilità di alimentare un ordine economico di tipo neoliberale, ovvero fondato sull'equazione che identifica l'inclusione sociale con l'inclusione nel mercato.

È una posizione, questa, ben rappresentata in area tedesca, dove detta legge la preoccupazione che, in assenza di un'armonizzazione dei sistemi sociali nell'ambito dell'Unione europea, si determinerebbe tra i Paesi membri una «rovinosa competizione tra sistemi»[15]. Il che non si reputa un male, tuttavia solo se alimenta l'ispirazione neoliberale della costruzione europea: se conduce alla sopravvivenza delle istituzioni e delle regole più adatte a promuovere la riduzione delle relazioni sociali a relazioni di mercato, quindi il loro essere plasmate dal principio di concorrenza. Diverso è il caso in cui la competizione tra sistemi determina la possibilità, per i Paesi in cui i sistemi di sicurezza sociale sono meno sviluppati, di contenere i costi di produzione e dunque di praticare forme di concorrenza sleale ai

15 P. FRIEDRICH e H.-J. SCHMEDES, *Letzte Ausfahrt Kerneuropa?*, in *Archiv Berliner Republik*, 2008, www.b-republik.de/archiv/letzte-ausfahrt-kerneuropa.

danni dei Paesi in cui questi sistemi sono invece più sviluppati. A meno che, aggiungono coloro i quali sono preoccupati da questa prospettiva, la competizione tra sistemi non produca forme di integrazione differenziata destinate a imporre ai Paesi meno veloci i modelli sviluppati dai Paesi più veloci.

4 Globalizzazione e Unione economica e monetaria

Il documento dedicato dalla Commissione alla gestione della globalizzazione costituisce un generico elenco di propositi ricavati dal dogma per cui le imprese e i cittadini europei ottengono da essa «immensi vantaggi»[16]. Ciò non toglie che sia opportuno «orientare la globalizzazione» con azioni volte a influenzare la produzione di regole a livello planetario, evidentemente ispirate al proposito per cui essa attiene alla costruzione di un ordine economico senza frontiere. Va da sé che si intendono qui le regole destinate a consentire alle imprese europee di «espandersi sui mercati internazionali», e non anche quelle concernenti la diffusione di un ordine politico incentrato sui diritti insidiati da una simile espansione.

La dimensione sociale viene evocata, ma come riflesso di iniziative pensate per l'area europea, entro cui occorre alimentare «politiche sociali solide», ritenute «un elemento indispensabile della nostra risposta alla globalizzazione». Il tutto deve però avvenire nel solco di quanto appena ricostruito a proposito del Pilastro dei diritti sociali, ovvero con modalità che preludono alla volontà di ridurre l'inclusione sociale a inclusione nel mercato. Di qui l'implicita condanna dell'Europa a più velocità in quanto fonte di soluzioni in danno all'ordine economico, e l'invito ad «agire insieme per gestire la globalizzazione»: tutto l'opposto di quanto si auspica per le azioni rivolte al livello planetario, dove si ammette invece «la cooperazione mediante coalizioni più ristrette». È del resto una cooperazione limitata alla disciplina dell'ordine economico, ambito nel quale l'ammissione di più velocità è finalizzata, come sappiamo, a impedire ai Paesi più lenti di influire sulla direzione di marcia imposta dai Paesi più veloci: i primi potranno semplicemente «aderire quando saranno pronti».

Troviamo riscontri di questo schema nel documento dedicato dalla Commissione ad approfondimenti sull'Unione economica e monetaria, posto in ideale continuità con un documento dedicato ai medesimi temi e presentato circa due anni or sono, conosciuto come Relazione dei cinque Presidenti: della Commissione europea (Jean-Claude Juncker), del Consiglio europeo e del Vertice Euro (Donald Tusk), dell'Eurogruppo (Jeroen Dijsselbloem),

16 *Documento di riflessione sulla gestione della globalizzazione* del 10 maggio 2017 (Com/2017/240 fin.).

della Banca centrale europea (Mario Draghi) e del Parlamento europeo (Martin Schulz)[17].

La Relazione riguarda i soli Paesi dell'Eurozona, teatro delle distinzioni più odiose che caratterizzano il processo di integrazione europea: quelle che oppongono il centro ricostruito attorno all'asse franco-tedesco alla periferia composta da chi fatica a soddisfare i requisiti richiesti per l'appartenenza all'Unione economica e monetaria. Ciò nonostante non si parla di Europa a più velocità, ovvero di tabelle di marcia differenziate, bensì della direzione di marcia che, se anche può variare in base al contesto, è comunque unica e indiscutibile. Più precisamente si riconosce che «vi sono divergenze significative nella Zona Euro», per molti aspetti riconducibili alla sopravvivenza di approcci più o meno keynesiani alle fasi negative del ciclo economico: quelli per cui in alcuni Paesi «la politica di bilancio può essere utilizzata in senso anticiclico, mentre in altri ci vorranno anni di risanamento per recuperare margini di bilancio». E si precisa che proprio queste sono le distinzioni da superare attraverso «un'ulteriore condivisione della sovranità nel tempo», ovvero stabilendo «che gli Stati membri siano disposti ad accettare in misura crescente decisioni congiunte su elementi delle politiche economiche e di bilancio nazionali». Il tutto, come abbiamo detto, evitando per quanto possibile forme di integrazione differenziata: se per un verso occorre «modernizzare le strutture economiche» nazionali, per un altro è «nell'interesse di ogni membro che tutti gli altri lo facciano con la stessa rapidità». Precisamente:

> Nell'ambito dell'Unione economica e monetaria la politica monetaria è centralizzata, ma parti importanti della politica economica restano nazionali. Tuttavia, come evidenziato in particolare dalla crisi, i membri della Zona Euro dipendono l'uno dall'altro per la loro crescita. È nell'interesse comune e di ogni singolo membro essere in grado di assorbire adeguatamente gli shock economici, di modernizzare le strutture economiche e i sistemi di protezione sociale e di assicurare che i cittadini e le imprese possano adattarsi alle nuove esigenze, sfide e tendenze e trarne profitto. È altresì nell'interesse di ogni membro che tutti gli altri lo facciano con la stessa rapidità (…). Ciò non significa, tuttavia, che tutti gli Stati membri che condividono la moneta unica siano o debbano essere simili o che debbano seguire le stesse politiche. In ultima analisi, ciò che conta è il risultato: che tutti gli Stati membri della Zona Euro perseguano politiche sane che consentano loro di riprendersi rapidamente dopo shock a breve termine, di essere in grado di sfruttare i vantaggi comparativi nel mercato unico e di attrarre gli investimenti, così da sostenere livelli elevati di crescita e di occupazione.

17 *Completare l'Unione economica e monetaria dell'Europa* del 22 giugno 2015, `https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/5-presidents-report_it.pdf`.

Comunque sia, l'integrazione deve ruotare attorno agli assi portanti del modo neoliberale di concepire l'ordine economico su vicende ora escluse dal coordinamento: si dovrebbero definire «standard comuni» concernenti tra l'altro «i mercati del lavoro, la competitività, il contesto imprenditoriale e la pubblica amministrazione, nonché taluni aspetti di politica tributaria (ad esempio la base imponibile per l'imposta sulle società)». Si dovrebbero poi riformare le politiche sociali, viste però in chiave neoliberale, ovvero come politiche destinate a presidiare il principio di concorrenza. È del resto questo lo schema cui rinvia la locuzione «economia sociale di mercato», richiamata dalla Relazione dei cinque Presidenti, fondamento dell'equazione che identifica l'inclusione sociale con l'inclusione nel mercato.

La Relazione dedica ampio spazio anche all'istituzione dell'Unione del mercato dei capitali, utilizzata pure essa per scardinare il residuo di approcci keynesiani nella definizione del rapporto tra banche e imprese: approcci per i quali il rapporto deve essere incentivato onde favorire relazioni incrociate, e con ciò l'attenzione per il punto di vista dei territori nell'esercizio dell'attività creditizia tipica del capitalismo renano. E proprio a questi aspetti si dedica in modo diffuso il documento della Commissione dedicato all'Unione economica e monetaria[18], con proposte pensate per fronteggiare una particolare conseguenza della crisi economica: il crollo dei prestiti interbancari e con ciò la dipendenza delle condizioni di finanziamento delle imprese «dalla loro posizione geografica». Ebbene, la soluzione coincide con il male, dal momento che l'esasperata finanziarizzazione dell'economia ha contribuito non poco alla crisi e proprio una sua ulteriore accentuazione viene ora riproposta come rimedio:

> L'Unione dei mercati dei capitali deve essere assolutamente portata avanti per offrire alle famiglie e alle imprese fonti di finanziamento più innovative, sostenibili e diversificate, ad esempio attraverso un miglior accesso al capitale di rischio e al finanziamento con capitale proprio e un minor ricorso al finanziamento tramite il prestito.

In tutto questo si auspica anche «una maggiore diversificazione dei bilanci delle banche» per «risolvere il problema dell'interconnessione fra le banche e il loro Paese di origine». E si pensa di ottenere questo effetto inducendole a investire in titoli del debito pubblico di altri Paesi, ad esempio modificando la regola per cui, ai fini del bilancio delle banche, si considera che il rischio dei titoli di Stato sia pari a zero. È peraltro evidente che così facendo, come del resto riconosce la Commissione, si intacca il «loro particolare ruolo nel finanziamento della spesa pubblica» e la «loro natura di

18 *Documento di riflessione sull'approfondimento dell'Unione economica e monetaria* del 31 maggio 2017 (Com/2017/291 fin.). V. anche il *Libro Verde: Costruire un'Unione dei mercati dei capitali* del 18 febbraio 2015 (Com/2015/63 fin.).

attività a basso rischio per il sistema finanziario del Paese». E soprattutto si finisce per rendere appetibili i soli titoli del debito dei Paesi raccoltisi attorno all'asse franco tedesco, e per bloccare invece la circolazione di quelli dei Paesi in difficoltà: si finisce per trasformare il solco tra centro e periferia in una voragine incolmabile.

Eppure la Commissione non nasconde l'esistenza di questo solco, che anzi rileva essersi allargato per effetto della crisi: in particolare perché «i livelli di disoccupazione differiscono ancora sostanzialmente» e si è inoltre determinato «un forte aumento dei livelli di debito pubblico e privato». Peraltro, se così stanno le cose, un'Unione che aspira a intensificare il livello di integrazione e dunque di condivisione della sovranità dovrebbe porsi il problema di come realizzare forme di concreta solidarietà tra Paesi ricchi e Paesi poveri, ovvero di come istituzionalizzare forme di trasferimento di risorse dai primi ai secondi in funzione perequativa. Ovviamente, però, al netto di qualche generica dichiarazione di facciata, non vi è nulla di tutto questo, bensì solo il richiamo costante al risanamento dei bilanci, e a un più stretto coordinamento delle economie nazionali a partire da esso. E sopra tutto la fiducia fideistica nelle virtù salvifiche del mercato unico: «la garanzia della libera circolazione di beni, servizi, capitali e persone, è un potente motore per l'integrazione e la creazione di crescita e prosperità condivise in tutti gli Stati membri».

In linea con questa impostazione è l'accoglimento della proposta, contenuta nel Relazione dei cinque Presidenti, di istituire un non meglio definito fondo per la «stabilizzazione macroeconomica per reagire meglio agli shock che non si possono gestire al mero livello nazionale, a cui attingere in funzione del ciclo economico». Nel merito si evita accuratamente di indurre a pensare che il fondo possa rappresentare uno strumento attraverso cui realizzare trasferimenti di risorse tra Paesi ricchi e Paesi poveri, o anche solo interventi estemporanei in odore di keynesismo. E per questo «sarà importante ispirare l'impianto della funzione di stabilizzazione ai seguenti principi guida»:

> La funzione non dovrebbe comportare trasferimenti permanenti tra Paesi o trasferimenti in un'unica direzione, ragione per cui la convergenza verso l'Unione economica è un presupposto per la partecipazione; non dovrebbe neppure essere concepita come strumento di perequazione dei redditi tra gli Stati membri. La funzione non dovrebbe compromettere gli incentivi a condurre una politica di bilancio sana a livello nazionale né gli incentivi a rettificare le debolezze strutturali nazionali; per scongiurare il rischio morale, dovrebbe quindi essere collegata strettamente alla conformità con il quadro complessivo di governance dell'Ue e a progressi nella convergenza verso le norme comuni.

Il documento della Commissione dedicato all'Unione economica e moneta-

ria non è da meno. Ribadisce che «l'accesso alla funzione di stabilizzazione dovrebbe essere tassativamente subordinato al rispetto di criteri chiari e all'attuazione continuativa di politiche solide, in particolare quelle che favoriscono una maggiore convergenza nella Zona Euro». Del resto non può esserci spazio per affermazioni di altro tipo da parte di chi coltiva l'aspirazione di rafforzare l'Euro «come fonte di prosperità condivisa e di benessere economico e sociale, sulla base di una crescita equilibrata e inclusiva e della stabilità dei prezzi».

Questa aspirazione detta l'agenda dell'integrazione europea, ovvero la progressiva sottrazione di spazi lasciati alla sovranità nazionale e dunque alla politica e al conflitto democratico, ritenuti a buon titolo incompatibili con la volontà di ridurre l'inclusione sociale a inclusione nel mercato. Da questo punto di vista l'integrazione può anche essere differenziata, ma non per questo perde il suo fine ultimo: concedere qualche spazio di manovra al livello nazionale, tuttavia solo se indispensabile a prevenire ostilità eccessive nei confronti del progetto neoliberale, e solo se questo non viene minacciato.

5 Difesa e finanze europee

Passiamo a considerare il documento della Commissione sul «futuro della difesa europea», introdotto da una panoramica sulle insidie più o meno nuove alla pace: da quelle provenienti da est, dove si fronteggiano «vulnerabilità militari, economiche, politiche e di sicurezza energetica», a quelle derivanti dalla sponda meridionale del Mediterraneo, dove «la diffusione di spazi non governati e di conflitti ha lasciato un vuoto nel quale prosperano terroristi e criminali», passando per la minaccia rappresentata dai «cambiamenti climatici» e dalla «scarsità delle risorse, associati alla crescita demografica e alla fragilità degli Stati»[19].

Di fronte a questo scenario, a cui ha notevolmente contribuito l'inerzia europea di fronte ai problemi richiamati, o in alternativa la scelta di affrontarli nel modo meno indicato, la Commissione non si spende per un nuovo protagonismo politico del Vecchio continente, e a monte per la definizione degli assi portanti di una politica estera comune. O meglio, a questi ultimi aspetti si dedicano, in questa e in altre sedi, frasi di circostanza, clausole di stile consapevolmente destinate a cadere nel vuoto, mentre decisamente più concreta è la richiesta di un rafforzamento dell'apparato militare: si deve «spendere di più per la difesa, spendere meglio e insieme». Del resto occorre dar seguito alla richiesta sempre più pressante rivolta ai

19 *Documento di riflessione sul futuro della difesa europea* del 7 giugno 2017 (Com/2017/315 fin.).

Paesi dell'Alleanza atlantica, 22 dei quali sono anche membri dell'Unione europea: che decidano quanto prima di dedicare almeno il 2% del prodotto interno lordo per spese militari.

Segue poi, nuovamente scissa da un ragionamento sul senso politico di una simile iniziativa, una riflessione sul modo di giungere a un'Unione della sicurezza e della difesa, sul presupposto che, in questo ambito, è sostanzialmente unanime la richiesta di «vedere più Europa». Il tutto, si ammette, in un momento nel quale «la tensione tra vincoli di bilancio e priorità concorrenti di politica pubblica continuerà a caratterizzare l'economia politica di molti Stati membri».

Questo non impone però di riservare alle spese militari la medesima sorte riservata alla spesa sociale. Se per la seconda non si intravedono alternative a una politica di tagli crescenti, per la prima, come abbiamo detto, si deve operare nel modo opposto. Tanto più che, per massimizzare il risultato, si può contare sulle virtù benefiche del mercato: si può cioè istituire «un mercato unico della difesa il quale implica la necessità di incoraggiare la concorrenza, l'accesso transfrontaliero delle industrie più piccole alla catena di approvvigionamento, la specializzazione, le economie di scala per i fornitori, l'ottimizzazione della capacità di produzione, l'abbassamento dei costi di produzione e la sicurezza dell'approvvigionamento».

Se peraltro l'Unione della sicurezza e della difesa è un pezzo del mercato unico, non per questo essa non deve avere nulla a che vedere con lo schema dell'integrazione differenziata, se non altro perché in materia si devono considerare insopprimibili «interessi nazionali». Di qui l'identificazione di tre possibili scenari, riconducibili a tre «diversi livelli di ambizione per l'Unione della sicurezza e della difesa in termini di solidarietà, operazioni, capacità, industria e impiego delle risorse finanziarie»: quello della «cooperazione nel settore della sicurezza e della difesa», in massima parte «volontaria» e dipendente da «decisioni *ad hoc* via via assunte all'emergere di nuove minacce o crisi», quello della «sicurezza e difesa condivise», attraverso cui instaurare «una solidarietà finanziaria e operativa molto maggiore», e quello della «sicurezza e difesa comuni», per il quale «gli Stati membri sincronizzerebbero totalmente la pianificazione della difesa» e nel definire «le priorità nazionali per lo sviluppo di capacità terrebbero conto delle priorità concordate a livello europeo».

La Commissione, che pure mostra di preferire il livello di integrazione più elevato, non sembra farsi troppe illusioni sulla possibilità che esso possa essere raggiunto in tempi brevi. Forse, però, l'obiettivo primo è respingere l'integrazione differenziata nell'individuazione dell'entità della spesa militare, così come chiede l'Alleanza atlantica. E visto che nello scenario dedicato all'integrazione più intensa delle politiche di sicurezza «la protezione dell'Europa diverrebbe una responsabilità sinergica dell'Ue e della Nato», forse ci troviamo di fronte all'ennesimo espediente per cui

l'integrazione differenziata costituisce un modo per ottenere prima o poi quella piena.

Comunque sia, mentre riflette su questi temi, la Commissione non manca di osservare come occorra un bilancio europeo «atto a rispecchiare una nuova ambizione nel settore della difesa», frustrata invece da una situazione nella quale manca un coordinamento sovranazionale della spesa: «la duplicazione delle iniziative intraprese separatamente da ciascuno Stato membro ha un impatto sull'interoperabilità dei rispettivi equipaggiamenti, così come può determinare una mancanza di preparazione e di reattività delle forze armate e lacune nelle capacità di difesa».

E proprio al ripensamento del bilancio europeo in funzione delle nuove ambizioni della costruzione europea viene dedicato l'ultimo documento, quello incentrato sul «futuro delle finanze dell'Ue»[20].

Che l'attuale bilancio sia poco adeguato a quelle ambizioni risulta evidente se solo si tiene conto di alcuni dati: riguarda appena il 2% della spesa pubblica in area europea, in particolare quella utilizzata per finanziare le politiche agricole (39%) e i fondi strutturali per la coesione economica, sociale e territoriale (34%). Proprio per questo si pensa da tempo di incrementare la capacità fiscale autonoma dell'Unione, fino a definire «un consistente bilancio centrale che derivi le sue risorse da un potere impositivo mirato e autonomo»[21]. Questo perché al momento la parte di gran lunga prevalente deriva dalle contribuzioni dei Paesi membri, quantificate in una percentuale del prodotto interno lordo, mentre in minima parte giungono da una quota sull'imposta sul valore aggiunto e dai dazi doganali riscossi alle frontiere esterne. Il tutto mentre all'Unione europea non è consentito, come ai Paesi membri, contrarre prestiti, sicché non vi sono alternative a immaginare un incremento delle risorse da destinare al bilancio: magari risorse proprie, per svincolare ulteriormente l'operato del livello europeo dal vaglio del livello nazionale, con ciò incrementando le possibilità di un'integrazione piena.

L'entità delle risorse deve evidentemente rispecchiare «il livello dell'ambizione politica», che viene graduata a partire dai medesimi cinque scenari ipotizzati nel primo documento della Commissione dedicato al futuro dell'Unione nel suo complesso. Il primo scenario è quello per cui si va «avanti così», ovvero l'Unione nel suo complesso «continua ad attuare il suo programma positivo di riforme»: in questo caso si manterrebbe la centralità della politica agricola e della coesione economica, sociale e territoriale, incrementando però gli sforzi in materia di sicurezza e difesa.

20 *Documento di riflessione sul futuro delle finanze dell'Ue* del 28 giugno 2017 (Com/2017/358 fin.).

21 *Un piano per un'Unione economica e monetaria autentica e approfondita. Avvio del dibattito europeo* del 30 novembre 2012 (Com/2012/777 def.).

Il secondo scenario, per il quale si decide di «fare di meno insieme», prevede una riduzione delle risorse dedicate ai settori tradizionali e nessuno stanziamento per nuovi settori. Il terzo scenario, nel quale «alcuni fanno di più», è quello che prelude all'integrazione differenziata, che richiede la «messa in comune di finanziamenti al di là del bilancio dell'Ue» per sostenere i Paesi disposti a incrementarla, ma anche e soprattutto fondi specifici per la «stabilizzazione macroeconomica della Zona Euro». Per il quarto scenario, quello della «riprogettazione radicale», l'Unione «fa di più in alcuni ambiti e meno in altri», e comunque destina risorse per la difesa e la sicurezza e per incentivare un rafforzamento del quadro macroeconomico dell'Eurozona. Infine il quinto scenario, per cui si vuole «fare molto di più insieme», compreso ovviamente quanto previsto nello scenario precedente, oltre a istituire un «bilancio della Zona Euro vero e proprio» e un «Fondo monetario europeo»: ovvero portare sotto l'ombrello dei Trattati il Fondo salva-Stati.

Come si vede, i cinque scenari appena riassunti esprimono solo formalmente l'intenzione di ammettere una pluralità di opzioni circa lo sviluppo della costruzione europea. In nessun caso viene in effetti intaccato il proposito di procedere al consolidamento dell'Unione economica e monetaria, che si conferma essere un obiettivo indiscutibile. Anche nello scenario meno impegnativo, quello per cui si decide di fare meno insieme, si prevede del resto il finanziamento di fondi per la coesione economica, sociale e territoriale, che assolvono a una funzione molto diversa da quella ricavabile dal loro nome: impongono la circolazione dei modelli neoliberali, la cui adozione costituisce la controparte per l'erogazione del finanziamento.

Ovviamente questa finalità è particolarmente amplificata nello scenario più impegnativo, quello che induce a fare molto di più insieme. Tanto che nel proporre un bilancio dell'Eurozona si evita accuratamente di attribuirgli la funzione cui normalmente assolve il documento contabile di un ente territoriale: realizzare trasferimenti di ricchezza dalle aree ricche alle aree povere, in questo caso dai Paesi ricchi ai Paesi poveri, più che mai indispensabili in un contesto nel quale si applica il principio della libera circolazione dei fattori produttivi[22]. Ma, come si è detto, la perequazione è affidata ai fondi per la coesione, e questi sono in verità pensati per consolidare l'Unione economica e monetaria, piuttosto che per produrre inclusione sociale. O in alternativa sono fatti per ridurre l'inclusione sociale a inclusione nel mercato, il che costituisce la finalità prima dell'economia sociale di mercato, non a caso richiamata dal documento della Commissione proprio laddove menziona il proposito di «ridurre le divergenze economiche e sociali fra gli Stati membri e al loro interno».

22 Cfr. A. Barba e M. Pivetti, *La scomparsa della sinistra in Europa*, Reggio Emilia, Imprimatur, 2016, p. 106.

6 Il sesto scenario: dentro o fuori?

Tra le clausole di stile utilizzate dalla Commissione per riflettere sul futuro dell'Europa, quelle dedicate alla dimensione democratica sono tanto abbondanti quanto destinate a restare lettera morta. Esemplare quanto riportato nel documento sull'Unione economica e monetaria, dove l'enfasi su quella dimensione viene utilizzata per bilanciare una richiesta di ulteriore cessione di sovranità nazionale. E dove si auspica un coinvolgimento maggiore del Parlamento europeo e dei parlamenti nazionali, avendo tuttavia in mente il riconoscimento di meri «poteri di controllo», ma non anche un diritto pieno di iniziativa legislativa, o quantomeno la possibilità di assumere ruoli non solo passivi[23].

La verità è che in materia economica e monetaria, se i parlamenti nazionali sono oramai irrimediabilmente esautorati, il Parlamento europeo è condannato a non vedere riconosciute prerogative ulteriori rispetto alle poche di cui dispone. Tanto più che le richieste di maggiori poteri, sovente formulate nei suoi documenti, evitano di mettere in discussione i fondamenti della politica economica e monetaria dell'Unione[24]. E questi sono intimamente incompatibili con l'idea di partecipazione democratica, quantomeno se mette in discussione la prevalenza dell'ordine economico sull'ordine politico, irrinunciabile per lo sviluppo del progetto neoliberale.

A ben vedere proprio il blocco del progetto neoliberale è quanto auspicano i popoli europei colpiti dalla compressione dei diritti fondamentali, ma questo non viene evidentemente contemplato dalla Commissione europea. Nelle sue riflessioni sul futuro dell'Europa manca cioè il sesto scenario, quello della rottura o quantomeno della discontinuità rispetto all'Europa di Maastricht. Occorre però chiedersi se si tratta di un'omissione voluta, o se semplicemente il sesto scenario sia stato tralasciato perché oramai inconciliabile con la costruzione europea così come si è sviluppata nel corso dei decenni. Occorre cioè domandarsi se vi sono alternative tra l'abbandono della costruzione e la sua accettazione così come si presenta ai nostri occhi, ovvero se esiste un «terzo spazio» utilizzabile per ripensare la costruzione europea attorno ai valori della «democrazia, solidarietà, eguaglianza e dignità».

L'idea di un terzo spazio, curiosamente da riempire entro il medesimo orizzonte temporale utilizzato dalla Commissione nelle sue riflessioni sul

23 *Documento di riflessione sull'approfondimento dell'Unione economica e monetaria* del 31 maggio 2017, *cit*.

24 V. ad es. quanto affermato a proposito del Meccanismo europeo di stabilità, considerato «un elemento importante di un pacchetto globale di misure intese a definire un nuovo quadro, atto a rafforzare la disciplina di bilancio e il coordinamento delle politiche economiche e finanziarie degli Stati membri»: così la Risoluzione del Parlamento europeo del 23 marzo 2011, P7_TA(2011)0103.

futuro dell'Europa, viene avanzata da chi reputa che l'Europa di Maastricht si possa democratizzare[25], e che ciò sia sufficiente a innescare un ritorno agli anni precedenti l'affermazione del pensiero neoliberale: gli anni del compromesso keynesiano. Sarebbe cioè possibile riattivare forme di incisiva redistribuzione della ricchezza e piani di investimento a sostegno della domanda. E si potrebbe persino andare oltre, prevedendo per un verso un reddito di esistenza, e per un altro forme di democrazia economica ricalcate sulla pratica dei beni comuni, da valorizzare per consentire persino un controllo parlamentare sull'operato delle banche centrali[26].

Se questo è il sesto scenario, ed effettivamente le vicende appena richiamate lo esemplificano al meglio, occorre dire che presuppone trasformazioni troppo ambiziose perché possano scaturire da questa Europa. Per realizzarlo, i Paesi europei dovrebbero prima elaborare una politica economica, fiscale di bilancio volta a favorire la piena occupazione, piuttosto che la stabilità dei prezzi[27]. Dovrebbero poi mettere in comune i loro sistemi di sicurezza sociale, il loro mercato del lavoro, e soprattutto i loro debiti. Infine dovrebbero delineare una politica monetaria ricavata da questi propositi, quindi ripensare radicalmente la moneta unica. Ma non possono farlo, perché le leve del potere necessario a produrre queste trasformazioni sono a Bruxelles. E Bruxelles ha costruito l'Unione economica e monetaria esattamente nel modo opposto: ha prima edificato una politica monetaria di matrice neoliberale, e l'ha poi utilizzata per imporre agli Stati una politica economica dello stesso segno. Il tutto nel disprezzo dell'assetto per cui la politica monetaria è di competenza del livello europeo, ma non così quella economica, che appartiene al livello nazionale.

Per i teorici del terzo spazio una via di uscita può essere ciò nonostante individuata, se solo si attivano forme di partecipazione ricavate dal conflitto. Non solo il conflitto sociale, a partire da quello prodotto nelle città per il riconoscimento dei diritti sociali, ma anche quello istituzionale: anche le istituzioni, dalle amministrazioni comunali ai governi, possono disobbedire all'Europa dell'austerità. Promuovendo così un circuito di «élite insubordinate» capace realizzare il sesto scenario senza mettere in discussione la costruzione europea in quanto tale, e soprattutto determinandone una lenta ma inesorabile trasformazione[28].

Per quanto lo si possa ardentemente sperare, è lecito dubitare che tut-

25 Per tutti J. Habermas, *Questa Europa è in crisi, Roma-Bari*, Laterza, 2011, p. 69 s.

26 L. Marsili e Y. Varoufakis, *Il terzo spazio. Oltre establishment e populismo*, Roma e Bari, Laterza, pp. ix ss. e 67 ss.

27 Cfr. A. Somma, *Maastricht, l'Europa della moneta e la cultura ordoliberale. Storia di una regressione politica*, in A. Barba et al., *Rottamare Maastricht. Questione tedesca, Brexit e crisi della democrazia in Europa*, Roma, DeriveApprodi, 2016, p. 57 ss.

28 L. Marsili e Y. Varoufakis, *Il terzo spazio*, cit., pp. 71 ss. e 101 ss.

to ciò possa davvero accadere. Non si vede un ceto politico disponibile a impugnare le armi della disobbedienza istituzionale. E neppure si vede la tensione sociale che dovrebbe attivare il conflitto nelle città: vi sono qua e là movimenti capaci anche di ottenere qualche successo, ma si tratta di iniziative effimere e sporadiche, instabili e prive di un coordinamento a livello europeo, in ogni caso scollegate da un luogo nel quale operare la sintesi indispensabile tra rappresentanza e mediazione.

Comunque sia, su una cosa i teorici del terzo spazio si esprimono in modo condivisibile: affermano che le possibilità di un cambiamento sono direttamente proporzionali al livello di conflitto sociale prodotto attorno all'idea di Europa democratica e solidale, in quanto tale radicalmente ostile al progetto neoliberale. Solo che il conflitto non può essere unicamente quello acceso dalle élites insubordinate, neppure se affiancato a quello dei movimenti per la rivendicazione dei diritti sociali. Occorre il contributo dei lavoratori, di chi è più direttamente colpito dalla rottura del patto fondativo del costituzionalismo del dopoguerra: quello per cui il lavoro, in quanto concorso al benessere collettivo, deve assicurare mezzi sufficienti a condurre un'esistenza libera e dignitosa[29].

Se peraltro i lavoratori sono indispensabili a contrastare l'Europa dei mercati, allora diviene altrettanto indispensabile una riconsiderazione della dimensione nazionale, la dimensione del conflitto distributivo[30]. È questa la sede in cui i lavoratori hanno ottenuto un'accettabile mediazione tra capitalismo e democrazia: quella, alla base del compromesso keynesiano, per cui non si mettevano in discussione proprietà privata e principio di concorrenza, ma lo Stato operava in cambio una redistribuzione della ricchezza attraverso politiche fiscali e di bilancio di sostegno alla domanda[31]. Di qui l'aperto contrasto con la costruzione europea così come si è consolidata a partire dal Trattato di Maastricht, che ha imposto politiche economiche incentrate sul solo controllo dei prezzi, fondamento per il varo della moneta unica. E che a monte ha liberalizzato la circolazione dei capitali, imponendo così agli Stati di comprimere i salari e ridurre la pressione fiscale per attirarli: con ciò rendendo irreversibile il rovesciamento del compromesso tra capitalismo e democrazia ottenuto dai lavoratori.

Il tutto senza considerare che il capitale non conosce, diversamente dal lavoro, il radicamento territoriale, e che a partire da questo si definiscono i termini dello scontro attuale: quello tra i «luoghi in cui vivono i corpi di

29 Cfr. A. Somma, *Dal lavoratore al consumatore. Cittadinanza e paradigma giuslavoristico nell'economia sociale di mercato*, in G. Balandi e G. Cazzetta (a cura di), *Diritto e lavoro nell'Italia repubblicana*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 131 ss.

30 Per tutti S. Cesaratto, *Sei lezioni di economia. Conoscenze necessarie per capire la crisi più lunga (e come uscirne)*, Reggio Emilia, Imprimatur, 2016, p. 247.

31 Cfr. A. Barba e M. Pivetti, *La scomparsa della sinistra in Europa*, cit., p. 15 ss.

coloro che chiedono cibo, casa, lavoro e affettività» e i «flussi di segni di valore, merci, servizi, informazioni e membri delle élite che li governano»[32]. È dunque il lavoro ad avere bisogno di rappresentanza politica: ancora una volta quella assicurata, alle condizioni attuali, dal solo livello nazionale. Del resto l'Europa è per un verso un'entità tecnocratica, messa al riparo dalla politica prima ancora che dalla democrazia, funzionante secondo schemi numerici in quanto tali indiscutibili. Ma per un altro verso è pur sempre una costruzione governata dai Capi di Stato e di governo dei Paesi membri, che non a caso compongono il Consiglio europeo: l'organo che «dà all'Unione gli impulsi necessari al suo sviluppo e ne definisce gli orientamenti politici e le priorità politiche generali» (art. 15 Trattato Ue). E i Capi di Stato e di governo possono divenire cinghia di trasmissione delle istanze del lavoro solo se i parlamenti nazionale si svincolano dai condizionamenti derivanti dalle cessioni di sovranità finora utilizzate per alimentare l'Europa neoliberale.

Ovviamente tutto ciò non cancella la necessità di momenti forti di coordinamento sovranazionale, all'altezza della dimensione alla quale si sviluppa il progetto neoliberale. E neppure esclude che il ripiegamento sulla dimensione nazionale debba poi cedere il passo a una riespansione del livello sovranazionale, da riattivare anzi non appena la costruzione europea si trasforma effettivamente in un motore di democrazia e solidarietà. Tanto meno impedisce di vedere che i richiami al compromesso keynesiano, e dunque al Novecento, non si possono intendere come il tentativo di recuperare un passato che per molti aspetti non può tornare, se non altro per i limiti insormontabili del modello di sviluppo a cui ha dato vita.

Si commette dunque un errore grave a ritenere, come fanno i teorici del terzo spazio, che il livello nazionale non debba tornare protagonista: che questo significhi automaticamente «rifugiarsi in un'immaginaria autarchia nazionale», o gettare «benzina sulla xenofobia già dilagante»[33]. Certo, la dimensione nazionale non implica di per sé un potenziamento della sovranità popolare, e dunque dei processi di democratizzazione. E ciò nonostante occorre liberarsi dalla convinzione, ricorrente del discorso pubblico, che la dimensione sovranazionale sia in quanto tale da preferire alla dimensione nazionale. L'omaggio a schemi preconfezionati impedisce sempre di vedere i motivi di forza e i motivi di debolezza delle opzioni in campo, e a monte la loro pluralità: porta a riprodurre l'insidiosa logica spoliticizzante del Tina (*There is no alternative*).

Tanto più che il rifugio nella dimensione nazionale è sempre più la reazione all'invadenza della costruzione europea e della sua ispirazione neo-

32 C. Formenti, *La variante populista. Lotta di classe nel neoliberismo*, Roma, DeriveApprodi, 2016, p. 256.

33 L. Marsili e Y. Varoufakis, *Il terzo spazio*, cit., p. 32 s.

liberale, che si sviluppa anche secondo lo schema del nazionalismo economico: l'utilizzo dei muri per bloccare la circolazione dei fattori produttivi, al fine di alimentare la lotta tra Stati in competizione per la conquista dei mercati internazionali. E probabilmente questi sviluppi sono anche l'esito di una ritrosia a discutere della dimensione nazionale come strettamente connessa alla sovranità popolare: così come del resto induce a fare la Costituzione italiana nel momento in cui afferma che «ogni membro del Parlamento rappresenta la Nazione» (art. 67), espressione da ritenersi un equivalente del termine «popolo».

Altrimenti detto non ci sarebbe il solo nazionalismo economico a contendere il campo al neoliberalismo, se solo si valorizzasse la dimensione nazionale come punto di riferimento per condurre non tanto la lotta tra Stati per la conquista dei mercati, ma una lotta di Stati per arginare l'invadenza dei mercati: per subordinare l'ordine economico all'ordine politico, al fine di ripristinare l'equilibrio tra capitalismo e democrazia. E per smascherare il nazionalismo economico come variante del neoliberalismo, la cui affermazione ha talvolta bisogno di uno Stato discreto, ma talaltra di interventi più incisivi dei pubblici poteri, sempre però destinati a imporre e non a contrastare il funzionamento del mercato.

Insomma, ci sono molte valide ragioni per riflettere su un recupero non nazionalista di una dimensione nazionale, da ritenersi non tanto un fine, bensì un mezzo per ottenere una riscrittura dei fondamenti della costruzione europea. Occorre farlo senza pregiudizi, dal momento che non ci muoviamo qui nel campo delle certezze assolute, e che dunque abbiamo bisogno di studio approfondito e confronto serrato. Senza imporre limiti diversi da quelli che riguardano l'individuazione dell'obiettivo: combattere il neoliberalismo, incluso evidentemente quello che si esprime attraverso il nazionalismo economico. Valorizzando la circostanza che il lavoro è il motore di questa lotta, e che questa si fonda su conflitti tradizionalmente efficaci nella misura in cui possono condizionare il modo di essere della statualità.

È evidente che così non si risolveranno tutti i problemi. Ma se non altro si eviterà di lasciare il campo a chi cavalca il moto verso la riscoperta della dimensione nazionale per rendere ulteriormente instabile l'equilibrio tra capitalismo e democrazia.

Ricerche giuridiche e-ISSN 2281-6100
Vol. 6 – Num. 1 – Giugno 2017

Il coprifuoco in Turchia e la violazione di massa dei diritti umani
Sulla via di un genocidio culturale?

Lauso Zagato
(Professore associato in quiescenza di Diritto internazionale nell'Università Ca' Foscari Venezia)

1 Introduzione

Questo contributo ha come oggetto la situazione nella Turchia sud-orientale (Kurdistan turco) quale, nell'isolamento vieppiù rigido che la caratterizza dalla fine dell'estate 2015, essa ha potuto essere ricostruita dagli organi di controllo Consiglio d'Europa (CoE); ciò in attesa di una pronuncia da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) sui ricorsi pervenutile nella prima fase del coprifuoco. Il precipitare della situazione per quanto riguarda il rispetto dei diritti umani in questa parte del Paese ha colto invero una opinione pubblica europea in un primo tempo distratta, e che ha finito poi per confondere quanto *già* avvenuto, e tuttora in corso di sviluppo, in quell'area e nei confronti di quella popolazione e del suo millenario patrimonio culturale, nel gran calderone degli eventi, seguiti al farsesco colpo di Stato fallito del 15 luglio 2016. Tale evento, come noto, è stato prontamente sfruttato dal regime per dichiarare formalmente lo stato di emergenza.[1]

Si tratta quindi di una indagine limitata sotto l'aspetto temporale, sia perché riguarda una fase precedente le attese pronunce della Corte Edu sugli avvenimenti dell'inverno 2015-2016; sia, e soprattutto, perché non affronta direttamente gli eventi successivi alla Dichiarazione dello stato di emergenza. La giustificazione per tale scelta sta nella convinzione da

1 Il Segretario generale del CoE comunicava in data 22 luglio 2016 di aver ricevuto la formale notifica da parte della Turchia della decisione di imporre uno stato di emergenza di tre mesi, a seguito del tentato colpo di Stato del 15 luglio.

DOI 10.30687/Rg/2281-6100/2018/01/004
Submitted: 2017-11-03 | Accepted: 2017-12-22

e-ISSN 2281-6100

parte di chi scrive della centralità di quel periodo per tutto quanto è avvenuto, sta avvenendo, è destinato ad accadere nei prossimi mesi in Turchia, soprattutto nella sua area sud-orientale.

2 Il quadro d'insieme: ricorsi e intervento del Commissario sui diritti umani del Consiglio d'Europa

Tra il mese di dicembre del 2015 e l'inizio dell'anno successivo la Corte Edu è stata investita da 34 ricorsi in relazione alle misure anti-terrorismo in vigore dal mese di agosto 2015 nella parte sud-orientale del Paese. Tali ricorsi sono relativi principalmente alla violazione degli artt. 2 (diritto alla vita), 3 (divieto di tortura), 5 (diritto alla libertà e alla sicurezza), 6 (diritto ad un processo equo), 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare), 13 (diritto ad un ricorso effettivo), 34 (diritto al ricorso individuale) della CEDU,[2] nel corso del coprifuoco imposto in città e paesi della Turchia sud-orientale a partire dal mese di agosto 2015. I ricorrenti richiedevano anche nella quasi totalità misure *ad interim*; i giudici di Strasburgo, analizzavano per prime tali richieste, in buona misura non dando loro seguito per mancanza di completezza. Ne accettavano tuttavia alcune, in particolare relative al pericolo di vita di persone ferite nella città di Cizre e a Sur[3] ed impossibilitate dal coprifuoco ad usufruire di cure mediche. La Corte Edu esortava quindi la Turchia a prendere le misure necessarie per salvare la vita di costoro. La mancata osservanza di quanto indicato dai giudici di Strasburgo portava in tempi ravvicinati alla morte di quattro dei cinque interessati.

Nel frattempo la Corte, agendo sulla base dell'art. 41 del proprio regolamento interno, decideva di dare priorità ai 34 ricorsi curdi, e alla fine del 2016, alla stregua dell'art. 54 di detto regolamento, comunicava i ricorsi al governo turco invitandolo a presentare le sue osservazioni.[4]

Già nella primavera del 2016 peraltro il Presidente del *Monitoring Committee* dell'Assemblea parlamentare CoE (PACE) chiedeva alla Commissione di Venezia un parere sulla compatibilità con gli *standards* del CoE delle norme che disciplinano il coprifuoco in Turchia, compito che

2 Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, adottata a Roma il 4 novembre 1950, entrata in vigore a livello internazionale il 3 settembre 1953 (per l'Italia legge contenente autorizzazione alla ratifica ed ordine di esecuzione n. 848del 4 agosto 1955, Gazz.Uff. b 221 del 4 settembre 1955). Per prime informazioni: *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo,* A CURA DI S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, (Comm. Bartole/Conforti/Raimondi), Padova, 2001; L.-E PETTITI, F. DECAUX, P.-H. IMBERT*, La Convention européenne des droits de l'homme, (Comm. Pettiti)*, Paris, 1999.

3 Sur è un quartiere del centro di Dyarbakir.

4 Press Release 15 December 2016, ECHR 429(2016).

la Commissione stessa avrebbe portato a termine nei mesi successivi.[5] Il CoE riceveva nello stesso periodo rapporti vieppiù allarmati da parte non solo dei principali enti transnazionali per il rispetto dei diritti umani (tra i quali *Amnesty International, Human Rights Watch*, *International Federation of Human Rights*), ma anche delle organizzazioni turche, (*Turkish Human Rights Foundation*, *Human Rights Association of Turkey*) oltre che curde (*Diyarbakir Bar Association*): a tutte era stato negato accesso alle zone interessate.

Infine, a seguito di due visite compiute in Turchia, rispettivamente in aprile e settembre 2016,[6] il Commissario per i diritti umani del CoE[7] informava il 21 febbraio 2017 la Corte Edu della sua intenzione di intervenire come terza parte nei singoli processi ai sensi dell'art. 35 par. 3 CEDU, e di sottoporre intanto osservazioni scritte alla Corte, come in effetti avveniva nel mese di aprile 2017.[8] Il documento si suddivide in due sezioni, la prima dedicata alle operazioni anti-terrorismo e agli effetti *per sé* dell'imposizione del coprifuoco nella Turchia sud-orientale, la seconda ai loro effetti sulla violazione di specifici diritti umani.

Nella prima parte, pur riconoscendo la durezza dello scontro tra separatisti curdi (c.d. 'terroristi') e forze di sicurezza a partire dall'estate 2015, il Commissario sottolinea l'uso sproporzionato dello strumento del coprifuoco, causa di una serie di violazione dei diritti umani in quanto tale, a prescindere cioè dai singoli episodi specifici di violazione ad opera di elementi appartenenti alle forze di sicurezza. In una serie di città curde si è avuto il coprifuoco ininterrotto (24 ore al giorno) per oltre 70 giorni, con il record di 134 nella città di Nusaybin. La popolazione civile (parr. 9 ss.) è stata posta nella condizione di dover necessariamente violare le norme sul coprifuoco per cercare cibo, bevande, medicinali, senza alcuna garanzia di immunità. Si è così creata una situazione di assoluta discrezionalità in capo

5 La Commissione Venezia svolgeva il suo compito in fasi progressive, entrambe siglate come *Opinion 842/216*. Dapprima vi è un rapporto dal titolo *Constitutional and Legal Provisions Governing Curfew in Turkey*, Strasbourg, 19 April 2016. CDL-REF(2016)028, quindi con il parere vero e proprio: *Opinion on the Legal Framework Governing Curfew,* adottato alla 117 sessione plenaria della Commissione, 13 giugno 2016, CDL-AD(2016)010.

6 A conclusione delle quali era stato emanato un Memorandum sulle conseguenze per i diritti umani delle operazioni anti-terrorismo in corso nella Turchia sud-orientale *Memorandum on the Human Rights Implications of anti-terrorism Operations in South-Eastern Turkey*, by Nils Muiznieks, Council of Europe Commissioner for Human Rights, CommDH(2016)35, 2 December 2016.

7 Istituito ai sensi della Risoluzione 99(50) del Comitato dei ministri sul Commissario del Consiglio d'Europa per i diritti umani, del 7 maggio 1999. Il commissario per i diritti dell'uomo del Consiglio d'Europa ha diritto di presentare osservazioni scritte e di partecipare alle udienze in tutte le cause all'esame di una camera o della grande camera.

8 *Third Part Intervention by the Council of Europe Commissioner for Human Rights*, Strasbourg, 25 April 2017, Comm.DH(2017)13.

alle forze militari e di polizia, i cui comportamenti variavano dal concedere l'apertura ad un limitato numero di rifornimenti durante alcune ore del coprifuoco (dando quindi la possibilità di non rispettarlo), alle forme più rigide di intervento armato contro ogni tentativo di uscire di casa, anche in situazioni di rischio di vita. Da ciò un aumento del senso di insicurezza assoluta, e di terrore, in capo alla popolazione civile.

Richiamandosi alle conclusioni raggiunte dalla Commissione Venezia circa l'assenza di adeguate basi giuridiche per l'imposizione del coprifuoco (su scala tanto ampia per giunta)[9], quantomeno fino alla proclamazione dello stato di emergenza del luglio 2016, il Commissario sottolinea i livelli altissimi di distruzione dei centri urbani e dei quartieri, grazie non solo all'uso di mortai e cannoni, ma anche al ricorso a bombardamenti aerei (Idil e Nusaybin). In alcune città curde il 50% delle costruzioni è stato interamente distrutto, metà del rimanente danneggiato. Le operazioni hanno riguardato – alla fine di aprile del 2017 – oltre un milione e seicentomila persone, quasi un quarto delle quali è stata spostata d'autorità per un periodo più o meno lungo. A Sur, come già segnalato nel rapporto di settembre 2016, oltre alle numerose vittime, alle distruzioni, alle sofferenze inflitte alla popolazione, vi erano stati 22.000 cittadini rastrellati e deportati; il tutto, come testimoniano le fonti turche ufficiali, quindi credibili sul punto, per arrivare a un totale di 50 «terroristi resi inefficaci» (par.13). Al coprifuoco sono legate situazioni di drammatica persecuzione della popolazione civile ad opera di gruppi di appartenenti alle forze di sicurezza: dalla dimensione *lato sensu* culturale - scritte razziste sui muri e canzoni ultra-nazionaliste intonate a tutto spiano dalle auto che circolavano – a quella più propriamente fisica, con l'esposizione di cadaveri, anche di donne nude, di secessionisti uccisi (in combattimento? Anche questo non è chiaro) sul cofano di auto appartenenti alle forze speciali fatte circolare nella parte curda delle città. Il tutto si svolgeva in una situazione di assoluta impunità, non diversamente da quanto era già avvenuto negli anni '90 ed è ben documentato nella giurisprudenza della Corte EDU. Opportunamente il Commissario sottolinea l'isolamento di cui le aree interessate dalle operazioni militari sono state oggetto, la chiusura dei pochi varchi inizialmente esistenti, il fatto (già qui rilevato) che nessuna organizzazione della società civile, ivi comprese le ONG turche che si occupano di diritti umani, abbia avuto la possibilità di intervenire. Egli ha inoltre ricevuto personalmente notizia di azioni violente a carico di giornalisti e cameramen.[10]

9 Su ciò *infra*, parr. 5-6.

10 In particolare il riferimento è all'uccisione del cameramen Refik Tekin ucciso dalle forze di sicurezza mentre filmava persone che trascinavano corpi morti per le strade della città di Cizre.

3 Violazioni di specifici diritti: tra crimini antichi e… profili innovativi

Il documento passa poi ad analizzare le violazioni più significative di specifici diritti umani, dal mancato rispetto del diritto alla vita (da solo e in collegamento con la violazione del divieto di tortura) all'impunità e all'assenza di investigazione sui crimini delle forze speciali (qui incontriamo la lesione di varie disposizioni, compresa ovviamente quella sulla tortura), all'interferenza (in pratica l'impedimento) con l'attività della difesa, alla lesione del diritto di porgere l'estremo saluto ai propri defunti.

La violazione dell'art. 2 è implicita in tutti i profili del coprifuoco finora delineati, legati all'uso non controllato della forza. Mancano dati ufficiali, dal momento che le stime turche contano solo i 'terroristi' uccisi e i civili vittime del fuoco di questi. Ci sono comunque ampie documentazioni di donne e bambini uccisi da tiratori della polizia, come di episodi di fuoco aperto contro civili usciti con bandiera bianca per recuperare corpi di uccisi. La Dyarbikir Bar Association relaziona di 15 civili uccisi nei soli primi 10 giorni di stato d'assedio (4-12 settembre 2015) in quella città. Il Commissario non solo richiama la giurisprudenza consolidata della Corte di Strasburgo per cui in tali situazioni spetta alle autorità dello Stato dimostrare che l'uso della forza letale è rimasto nei limiti di quanto assolutamente necessario data la situazione; ma sottolinea anche come non sia stato possibile ai civili lesi agire a tutela dei propri diritti, dal momento che la documentazione di quanto avveniva si trovava nella sola disponibilità delle autorità. Queste non hanno mai dato seguito all'obbligo su di loro incombente di ridurre al minimo le perdite di vite umane, come dimostrano i tragici avvenimenti nei semiinterrati di Cizre.[11] Il Commissario pone ancora in rilievo la distruzione, o trasformazione ad uso militare, dei presidi sanitari, l'impedimento ad utilizzare le ambulanze per i loro scopi istituzionali, etc.

Altro aspetto centrale è il rifiuto da parte delle autorità dello Stato a portare avanti indagini sulla lesione degli artt. 2 e 3 della Convenzione. Durante le due visite del Commissario, era stato reso noto che solo 2 procedimenti erano stati aperti contro elementi delle forze dell'ordine, con relativa sospensione dal servizio degli indiziati; ma anche tali procedimenti sarebbero finiti nel nulla. L'intervento del Commissario fa poi riferimento

11 In tre di questi un numero stimato tra le 150 e le 200 persone, rimaste intrappolate, venne uccisa nel corso delle operazioni anti-terrorismo. Dal momento che nella maggior parte si trattava di feriti, vecchi e bambini, l'eventuale presenza di alcuni combattenti che vi avessero trovato rifugio non giustifica in alcun modo quanto perpetrato dalle truppe governative. E tuttavia nel corso del 2017 il pubblico accusatore di Cizre ha lasciato cadere ogni accusa in relazione a tutte le 150 morti, sostenendo trattarsi di terroristi, e riscontrando l'assenza di ogni evidenza di .. eccesso di legittima difesa (*sic!*) da parte dei reparti autori della strage.

ad «hasty removal of rubble of the destroyed buildings» (par. 28) e a gravi irregolarità avvenute sistematicamente nel corso del trasporto dei corpi dei morti ai laboratori forensi, con l'evidente scopo di rendere incontrollabili le cause del decesso. La Corte Costituzionale turca, dal canto suo, ha ricevuto nei primi mesi di coprifuoco varie richieste di misure interinali, tutte respinte per motivi *lato sensu* formali (le persone interessate non avrebbero dato la prova di essersi rivolte alle autorità amministrative informandole delle necessità di assistenza) senza mai entrare nel merito della liceità delle misure di coprifuoco per un verso, della particolare debolezza e necessità di protezione delle persone interessate per l'altro verso. In altre parole, non c'è nelle risposte della suprema Corte turca accenno alcuno alla necessità che le autorità prendano misure appropriate per tutelare la vita dei civili durante il coprifuoco.[12]

Gli eventi in questione si collocano in un quadro di impunità del potere esecutivo già più volte segnalato dall'Ufficio del Commissario, e puntualmente evidenziato dalla giurisprudenza della Corte EDU; tale prassi ha avuto espresso avallo giuridico con la legge 6722 del 23 giugno 2016 che impone alle autorità giudiziarie di ottenere l'autorizzazione dei competenti ministeri prima di iniziare un'inchiesta ai danni di pubblici ufficiali. La legge citata, si noti, precede la stessa Dichiarazione dello stato di emergenza del luglio 2016: entrambe contribuiscono a rendere sostanzialmente invulnerabile il meccanismo delle impunità, ma certo non vi danno origine.

Strettamente legato a questo punto vi è la violazione dei diritti della difesa. Il Commissario richiama il fatto (par. 38) che in molti Paesi la logica di isolamento e attacco personale contro i difensori degli imputati politici segue procedure assai simili, fondate su una intensa campagna di diffamazione (l'armamentario è noto: spie del nemico, complici, minaccia alla sicurezza pubblica, aiuto oggettivo ai criminali, etc.). Tutto ciò va contro le responsabilità internazionali assunte dagli Stati parte del CoE. Per quanto riguarda la Turchia, già oggetto in passato di osservazioni critiche da parte dell'Ufficio del Commissario, è indicativa la vicenda del presidente della Turkish Human Rights Foundation, Korur Fincanci, personaggio di chiara fama internazionale, arrestato e detenuto per la sua attività a favore delle popolazioni del sud-est vittime di violazione dei diritti. Soprattutto, risulta decisiva la presa di posizione del presidente della Repubblica (7 aprile 2016) secondo la quale le ONG che pubblicano notizie sulla situazione nel sud-est devono essere "countered" con determinazione; affermazione questa che ha avuto immediate conseguenze sulla.. determinazione, ap-

12 Il Commissario fa proprie le preoccupazioni di vari organi internazionali, a partire dalla Commissione di Venezia, sul venir meno di ogni forma di autonomia della magistratura in Turchia,. V. Venice *Commission Declaration on the Interference with judicial indipendence in Turkey*, 20 June 2016, at `http://venice/coe/int/files/turkish%20declaration%20June202015pdf`.

punto, con cui (in particolare a a Cisre) le forze di sicurezza turche hanno impedito l'ingresso in città ad ogni ONG. La situazione è andata vieppiù peggiorando con il passare dei mesi, essendo nel frattempo intervenuta la dichiarazione dello stato d'emergenza, e dall'impedimento all'azione si è passati all'arresto in massa dei membri di ONG operanti in Turchia.[13]

Venendo alla violazione del diritto di onorare i propri morti, già esaminata dalla Corte EDU in particolare nel corso dei processi 'ceceni',[14] questa è massicciamente presente nella crisi di cui ci occupiamo, a partire dal fuoco all'impazzata sui familiari che tentino di uscire di casa per recuperare il corpo del congiunto; ciò anche quando, come a Dyiarbakir, si trattava di una anziana signora uccisa vicino alla porta d'ingresso della sua casa. Anche in questo caso si assiste ad una stretta progressiva nei primi mesi del 2016, attraverso l'emanazione di regolamenti vieppiù restrittivi: ad esempio il periodo nel quale la famiglia può richiedere il corpo del congiunto ucciso (o morto a causa delle operazioni militari) viene ridotto da 15 a 5 giorni, ma in pratica ad uno, essendo stati nel frattempo governatori e vice-governatori autorizzati, per motivi di igiene, ad ordinare la cremazione di corpi non reclamati entro le 24 dall'arrivo alla morgue. Ciò comportava distruzione dei corpi all'insaputa delle famiglie. Lo scopo, nelle parole largamente condivisibili del Commissario ai diritti umani del CoE, non è solo quello di nascondere prove di attività criminose delle forze speciali, ma (par. 36) anche «to deprive the bereaved families of their right to claim the bodies of their relatives and to carry out funeral rites according to their beliefs». La violazione dell'art. 8, effettuata sistematicamente su scala tanto ampia, allude a trasformarsi in qualcosa di più radicale: violazione del divieto di tortura e trattamento inumano o degradante.. e forse oltre.[15]

In conclusione del suo intervento il Commissario denuncia: mancanza di adeguata base giuridica per le azioni lesive di diritti individuali e collettivi; mancanza assoluta di proporzionalità per quanto riguarda i mezzi repressivi utilizzati, e più in generale uso eccessivo della forza; lesione su ampia scala del diritto al cibo e all'acqua, e naturalmente alla salute della popolazione civile come conseguenza del coprifuoco generalizzato e continuo;

13 Il Commissario *inter alia* richiama un episodio che in altro contesto sarebbe divertente: tra le accuse principali mosse a Ramazan Demir, l'avvocato che aveva portato una serie di casi davanti alla Corte Costituzionale turca, detenuto per mesi con l'accusa di fiancheggiamento del terrorismo, vi sarebbero interviste incontri con «a person called delegation, a foreign national». Trattandosi del periodo di una delle visite del Commissario, che ebbe in effetti colloqui con l'avvocato Demir, devesi concludere che ai fini dell'arresto e della detenzione dell'avvocato hanno giocato proprio gli incontri avuti con il Commissario del Consiglio d'Europa e la sua delegazione durante il primo viaggio in Turchia del 2016.

14 In particolare nei casi *Sabanchiyeva* (*infra*, par. 7) e *Zalov.* Cfr. Corte EDU, 16 gennaio 2014, *Zalov e Khadulova* v. *Russia*, 7988/09.

15 *Infra*, «Conclusioni».

uso di armi di distruzione ad ampio spettro contro quartieri residenziali abitati; lucida azione di ostacolo all'assistenza umanitaria internazionale; ostacoli (al limite dell'attentato alla vita fisica) posti ai difensori dei diritti umani; impedimento, via via perfezionato e reso inesorabile, agli interessati a presentare ricorsi.

4 Il coprifuoco e lo stato di eccezione: in generale

Per coprifuoco[16] si intende, in termini generali, quella misura o insieme di misure attraverso le quali l'autorità vieta a certe categorie di persone di circolare in determinate ore, per lo più di notte. Può essere posto in essere tramite strumenti normativi, ed in questo senso viene spesso – ma non necessariamente – ricompreso nella procedura di proclamazione dello stato di emergenza. Può avere anche come fonte l'autorità amministrativa interna: le leggi generali del Massachusetts,[17] per fare un esempio, prevedono in capo ai sindaci delle città (anche minori) la possibilità di prendere misure di coprifuoco, misure sottoposte a giudizio di costituzionalità da parte della Corte suprema di tale Stato.[18] Tra le misure in discussione rientrano i c.d. «juvenile curfews» presi in diverse città occidentali a seguito di episodi di teppismo giovanile, ed al centro comunque di forti polemiche per le implicazioni discriminatorie – spesso in senso razziale o religioso – che portano con sé, quando non ne sono la fonte di ispirazione. Se applicato su scala locale – come avviene il più delle volte - il coprifuoco si risolve spesso nella limitazione della "sola" libertà di circolazione, prevedendo eccezioni specifiche, limiti temporali, e soprattutto un preavviso obbligatorio (nel caso della Sezione 37 A delle leggi del Massachusetts, 2 ore). Quando il coprifuoco sia imposto su scala nazionale (o di Stato federato), assume facilmente carattere emergenziale, e pone in maniera più ampia e diretta il problema del possibile contrasto con obblighi assunti dagli Stati a livello

16 Il termine (da *cover fire*) pare risalire ad una ordinanza di Guglielmo il Conquistatore che ordinava a tutti i sudditi di spegnere ogni luce a partire dalle otto di sera.

17 Part I (Administration of the Government), Title VII (Cities, towns and districts), Chapter 40 (Powers and duties of cities and towns), Section 37 A: Curfews; Imposition; Penalties.

18 La Corte Suprema giudiziaria del Massachusetts (SJC) giudicò incostituzionale nel 2009 l'ordinanza con cui l'amministrazione della città di Lowell vietava ai minori di anni 17 di circolare dopo le 23.00 se non accompagnati da un adulto. Interessante notare come la città ospitasse una numerosa colonia di profughi cambogiani, donde la conclusione, sostanzialmente condivisa dalla Corte Suprema, che il tono neutro dell'ordinanza celasse motivazioni razziali, o comunque portasse ad esiti di discriminazione. Tale conclusione è aumentata dalla durezza delle misure sanzionatorie previste per la violazione del divieto. V., in senso duramente critico della scelta dei giudici, l'articolo pubblicato nel blog del Criminal Attorney della città di Boston, William D. Kickham (a firma dello stesso) il 26 settembre 2009 «Massachusetts Law Imposing Youth Curfews Unconstitutional».

internazionale in materia di tutela dei diritti umani.[19]

In tutti i casi, e con le dovute distinzioni di area geografica coinvolta, nonché di durata, nel tempo e prima ancora nell'arco della giornata (va da sé che la forma estrema è il *round-to-clock curfew*, il coprifuoco di 24 ore al giorno) l'arma del coprifuoco si è confermata come un mezzo insidioso utilizzato «as a means of control, victimization, and outright violence against targeted people rather than as devices to bring peace for the benefit of all».[20]

Venendo alla disciplina internazionale, non poniamo in questa sede il problema del regime del coprifuoco nel diritto umanitario, e ciò per due motivi.

Il primo riguarda il caso di c.d. occupazione ostile, a proposito della quale solo il Primo Protocollo addizionale del '77 alle Convenzioni di Ginevra, dedicato ai conflitti a carattere internazionale, detta regole relative al controllo dei territori occupati da una delle parti in conflitto. Tale controllo può avvalersi dello strumento del coprifuoco, ma nel rispetto dei fondamentali diritti umani. L'assenza di disposizioni analoghe nel Secondo Protocollo, relativo ai conflitti di carattere non internazionale, non porrebbe problemi insormontabili, dovendosi concordare con chi osserva essere chiaramente rinvenibile «una tendenza generale ad estendere ai conflitti interni alcune disposizioni formalmente applicabili ai soli conflitti internazionali».[21] Resterebbe in ogni caso che sia la Turchia che gli altri Stati dell'area interessati, direttamente o indirettamente, alla questione curda non sono parte ad alcuno dei due Protocolli addizionali.[22]

Decisivo è piuttosto il secondo motivo che sconsiglia di porsi sulla strada del diritto umanitario: questa non è stata seguita dagli avvocati e dai rappresentanti delle comunità urbane curde colpite dalle misure scatenate nei loro confronti a partire dall'estate del 2015. Da parte loro si è sempre evidenziata la violazione dei diritti *di propri cittadini* da parte dello Stato turco. D'altro canto, non va dimenticato – anche se non si intende sovraccaricare questo scritto di valenze 'politologiche' - che all'origine del precipitare degli eventi e della stessa *confrontation* militare tra apparato repressivo dello Stato e militanti armati secessionisti nell'estate 2015 vi

19 Sul punto, in relazione all'uso ripetuto e prolungato da parte di Israele nei territori occupati, e alle conseguenze psichiche ed emozionali sulle persone soggette, J. Butler, *L'alleanza dei corpi*, Milano, 2017, *passim*.

20 P. Brass, «Collective violence, human rights, and the politics of curfew», in *Journal of Human Rights*, 2006, p. 324.

21 tra queste, oltre alle regole concernenti il coprifuoco, viene in rilievo la regola che vieta la deportazione di civili dai territori contesi. A. Annoni, *L'occupazione ostile nel diritto internazionale contemporaneo*, Torino, 2012, p. 91.

22 Turchia, Iran, Siria, ma anche Israele. L'Iraq ha ratificato solo di recente (2010) il primo Protocollo addizionale.

è un fatto squisitamente democratico: lo straordinario successo elettorale dell'HDP (Democratic Party of the People) alle elezioni di giugno 2015, che con i suoi 81 eletti nella Turchia sud-orientale impedì la rielezione automatica del presidente Erdogan.[23] Tale partito non si è mai posto su un terreno di secessione.

Tralasciando quindi il diritto umanitario, resta che l'imposizione del coprifuoco, contrastando spesso con gli obblighi assunti dagli Stati si in materia di rispetto dei diritti umani, tende a presentarsi a livello internazionale come manifestazione di quello stato di emergenza, disciplinato da apposite disposizioni dei principali strumenti giuridici internazionali, universali e regionali, di tutela dei diritti: art. 4 del Patto sui diritti civili e politici,[24] art. 27 CIADU,[25] art. 15 CEDU. Su quest'ultimo in particolare si focalizzerà l'attenzione.[26] Le disposizioni in esame hanno una struttura analoga: il par. 1 definisce il contenuto e le condizioni di applicabilità dell'eccezione, il par. 2 i divieti, o se vogliamo le deroghe alle deroghe, il par. 3 le procedure per avvalersi dell'eccezione. Mentre peraltro, in tutti e tre gli strumenti, il contenuto dell'eccezione è lasciato alla libera determinazione degli Stati, i presupposti sono indicati in apertura delle disposizioni: nel caso della CEDU deve trattarsi «di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione»[27]. Secondo la dottrina prevalente lo stato di guerra riguarderebbe il solo conflitto a carattere internazionale, mentre il conflitto interno rientrerebbe nel caso del pericolo pubblico che minaccia la vita

23 Di qua l'immediato inasprirsi della repressione, la risposta di gruppi armati di nazionalisti curdi, e dai primi di settembre lo svilupparsi degli scenari che conosciamo. Quanto all'HDP, tale partito sarebbe stato nel 2016 tra i più duri oppositori del colpo di Stato, ricevendone in cambio dal regime null'altro che .. lo spostamento al terzo posto nell'ordine temporale della lista delle forze da eliminare grazie alla proclamazione dello stato di emergenza, dopo l'esercito e i kemalisti in genere. Il suo turno è venuto con l'autunno 2016.

24 Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato a N.Y. il 16 dicembre 1966, entrato in vigore a livello internazionale il 23 marzo 1976 (per l'Italia legge contenente autorizzazione alla ratifica ed ordine di esecuzione n. 88 del 25 ottobre 1977, in Gazz. Uff. n. 333 s.o. del t dicembre 1977). Per prime informazioni Joseph S., Schultz I., Castan M. (eds.), *The International Covenant on Civil and Political Rights*, 2 ed., Oxford University Press, Oxford, 2005.

25 American Convention on Human Rights, entrata in vigore a livello internazionale il 18 luglio 1978. Per prime informazioni A. Di Stasi, *Il sistema americano dei diritti umani*, Torino, 2005.

26 V. sull'argomento, tra gli altri: G. Cataldi, *Art. 15*, in *Comm. Bertole/Conforti/Raimondi*, p. 425 ss.; P. Tavernier, *Art. 15*, in *Comm. Pettiti*, pp. 489-503; L. Zagato, *Ancora sul rapporto tra stato di emergenza e divieto di tortura*, in *La tortura nel nuovo millennio* a cura di L. Zagato, S. Pinton, Padova, 2010, pp. 215-241; L. Zagato, *L'eccezione per motivi di emergenza nel diritto internazionale dei diritti umani*, in *Deportate, esuli, Profughe*, 2006.

27 La formulazione non è chiarissima: il requisito della minaccia alla vita della nazione deve comunque intendersi richiesto anche per il caso di guerra, nel senso che lo stato di guerra non rende automatico il verificarsi della minaccia.

della nazione. Il pericolo va poi inteso in senso restrittivo: deve trattarsi cioè di un pericolo attuale, o quantomeno imminente, e tale da minacciare la popolazione nel suo insieme.[28] Ne consegue che la deroga di cui all'art. 15 non potrebbe avere mero carattere preventivo, essere cioè adottata al fine esclusivo o prevalente di scongiurare l'aggravarsi della situazione. Nel caso il pericolo riguardi solo una parte del territorio, la deroga deve inoltre avere effetto limitato a tale area[29]. Deve trattarsi inoltre di misure prese «nella stretta misura in cui la situazione lo esiga», e non in contrasto con altri obblighi derivanti dal diritto internazionale. Il primo dei limiti indicati costituisce applicazione al caso specifico del principio di proporzionalità; non solo cioè le misure adottate dagli Stati devono rispondere ad una necessità assoluta, nel senso che risulti impossibile affrontare la crisi in altro modo, ma spetta ai governi fornire la prova della proporzionalità tra dette misure e la gravità della situazione affrontata. Ne consegue che le misure in esame debbono/dovrebbero essere provvisorie, e non iterate di continuo alla scadenza: proprio una loro ripetizione o durata eccessiva ne prova invero l'inefficacia, e quindi il carattere non necessario. Il principio comporta anche un obbligo per i governi di controllare e monitorare costantemente l'impiego e l'efficacia delle misure in vigore.[30]

Il par. 2 di ciascuno degli strumenti in esame elenca una serie di diritti inderogabili: si tratta di quei diritti la cui deroga non è consentita, neppure in presenza di pericolo pubblico eccezionale o di altra tra le condizioni poste dal par. 1. Tali diritti costituiscono il nucleo duro del diritto internazionale dei diritti umani, e in quanto tali «presumibile espressione di

28 Corte EDU, 1 Luglio 1961, *Lawless* v. *Ireland*, 332/57.

29 Proprio nel caso *Sakik* c. *Turchia* del 26 novembre 1997 la Corte EDU ha stabilito all'unanimità non potersi applicare al ricorrente, arrestato ad Ankara, la deroga *ex* art. 15 comunicata dalla Turchia per le sole province sud-orientali (curde) del Paese; di conseguenza i diritti umani del sig. *Sakik* erano stati violati senza possibilità di invocare l'art. 15. Il tentativo da parte di quello Stato di giustificare con misure di emergenza proclamate in una zona specifica del Paese (quella sud-orientale) comportamenti lesivi dei diritti umani da parte di organi statuali avvenuti al di fuori di tale zona è proseguito anche in seguito: *Yaman*, 2004; *Bilen*, 2006. Nei casi *Elci* (2003: si tratta del caso ben noto dell'arresto e persecuzione per terrorismo degli avvocati turchi difensori dei detenuti appartenenti al PKK) e *Nuray Sen* (2003) la Corte, pur mantenendo per fermo che la decisione circa l'esistenza o meno delle condizioni per avvalersi della deroga *ex* art. 15 spetta solo alla Turchia, ritiene tuttavia che il protrarsi per molti giorni (nel caso di *Nuray Sen* per 11 giorni) della detenzione presso la polizia prima di essere presentati al giudice costituisca una violazione dell'art. 5 par. 3 della CEDU «not strictly required by the crisis relied on by the Government» (sentenza *Nuray Sen*, punto 28).

30 Gli artt. 4 par. 1 PDCP e 27 par. 1 CIADU impongono poi l'ulteriore limite che le misure non comportino una discriminazione «fondata unicamente sulla razza, sul colore, sul sesso, sulla lingua, sulla religione o sull'origine sociale». La differenza con la CEDU è sul punto stridente, tanto più ove ci si soffermi sulla centralità del principio di non discriminazione in particolare nel sistema dei diritti umani governato dal Patto.

principi di *jus cogens*»:[31] tra questi, per quanto riguarda la CEDU, risaltano il diritto alla vita (art. 2), il divieto di tortura (art. 3), il divieto di schiavitù (art. 4 par. 1) il principio *nullum crimen sine lege* (art. 7).

Le disposizioni procedurali sono indicate al par. 3 di ciascuno degli strumenti in esame.

Per restare alla CEDU, questa pone in capo ad ogni Parte contraente che intenda avvalersi del diritto di deroga l'obbligo di comunicare al segretario generale del Consiglio d'Europa le «misure prese ed i motivi che le hanno determinate». La Parte deve inoltre comunicare la data di revoca e quella da cui il testo Convenzionale riacquista piena applicazione. La disposizione non pone specifici obblighi di forma né di tempo; per quanto riguarda la forma, si limita ad esigere che le informazioni siano chiare, e consentano il controllo internazionale sulle misure prese[32].

In assenza di tale comunicazione[33], le misure nel frattempo adottate dallo Stato non possono avvalersi della copertura assicurata dalla clausola di eccezione di cui al par. 1; di qua la responsabilità dello Stato verso le altre Parti contraenti e verso gli organi della Convenzione per violazione degli obblighi su di lui incombenti alla stregua della Convenzione. Di conseguenza, in caso di mancata proclamazione, il coprifuoco risulta – o almeno dovrebbe risultare - uno strumento inutilizzabile, o utilizzabile solo nelle sue forme più blande, non potendo ledere nessuno degli obblighi incombenti sullo Stato in virtù del suo essere parte alla CEDU.

5 Coprifuoco e stato di emergenza nell'ordinamento interno della Turchia

La costituzione turca disciplina la proclamazione dello stato di emergenza rispettivamente agli artt. 119 (disastri naturali) e 120 («because of widespread acts of violence and serious deterioration of public order»), per dettare al successivo art. 121 le procedure relative alla proclamazione:

31 Cataldi G., «Art. 15», in Comm. Bartole/Conforti/raimondi, p. 437; v. anche E. De Wet, «The prohibition of Torture as an international Norm of Jus Cogens and its Implications for National and Customary Law», in *European Journal of International Law*, 2004, pp. 97-121.

32 Quanto ai tempi della comunicazione, gli organi di controllo nel caso *Lawless* (*supra*, nota 28) hanno giudicato idonea una notifica intervenuta dodici giorni dopo l'adozione delle misure, tardiva invece una comunicazione successiva di quattro mesi alla proclamazione dello stato di emergenza (*caso greco*).

33 Come spiega (par. 34) nella sua *Opinion 842/216* (*supra*, nota 5) la Commissione di Venezia, richiamando la sentenza della Corte EDU 24 febbraio 2005, *Kashiyev and Akayeva v. Russia* (par. 97) «the decision of a State not to avail itself, under art. 15, of its right to derogate from conventional rights, is tantamount to accept the Convention in its entirety, it being understood that no obstacle, whether in domestic law or international law, may stand in the way of its application».

nel far ciò richiama l'art. 15 della Costituzione dedicato alla sospensione dell'esercizio dei fondamentali diritti umani e libertà. Tale articolo, riferendosi indifferentemente a guerra, proclamazione dello stato di emergenza, proclamazione dello legge marziale, autorizza l'emanazione di norme sospendenti in tutto o in parte l'esercizio dei diritti umani, o misure in deroga alla Costituzione nei limiti in cui queste non violino obblighi internazionali. Anche in tali circostanze, prosegue la disposizione:

> The individual right to life, the integrity of his/her corporal and spiritual existence shall be inviolable except where death occurs through acts in conformity with law of war; non one shall be compelled to reveal his/her religion, conscience, thought or opinion, nor be accused on account of them; offences and penalties shall not be made retroactive, nor shall anyone be held guilty until so proven by a court ruling.

Sotto il profilo del contenuto l'art. 15 della Costituzione turca va più in profondità dell'art. 15 par. 2 CEDU, ponendo come inderogabili in caso di stato d'emergenza anche norme che risultano derogabili in base alla Convenzione, come le libertà di religione e d'opinione. Preoccupazione desta invece la disposizione in discorso[34] sotto altro profilo: se per un verso impone infatti l'approvazione da parte del Parlamento sia della Dichiarazione con cui il governo, riunito sotto la presidenza del Presidente della Repubblica, stabilisce lo stato di emergenza, sia dei successivi decreti emanati; per l'altro verso sottrae però l'uno e gli altri al controllo della Corte Costituzionale. Una misura di coprifuoco presa nel corso dello stato di emergenza sfugge quindi al controllo di legalità. Di qua l'invito pressante della Commissione Venezia a che le autorità turche (par. 49) «set up a suitable system to enable an effective review of the legality, including the necessity and the proportionality, of all measures taken by the authorities under states of emergency.»

La legge sullo stato d'emergenza (2935 del 25 ottobre 1983) distingue dal canto suo, seguendo grosso modo il testo costituzionale, le due ipotesi. Nel caso di disastri naturali, l'art. 9 a) non usa il termine coprifuoco, facendo piuttosto riferimento a restrizioni all'ingresso o all'uscita da determinate aree, proibizione di risiedere in certe località delle regioni toccate dallo stato d'emergenza, «evacuation of certain areas and transfer of people to other areas». L'art. 11 indica invece le misure da prendere quando lo stato d'emergenza sia proclamato per far fronte a situazioni di violenza: tra queste risulta appunto il «limited or full curtfew», nozione peraltro non approfondita. Non diversamente, la risalente legge sullo stabilimento della legge marziale (1402 del 13 marzo 1971), afferma all'art. 2

34 V. Commissione Venezia, *Opinion 842/216*, (par. 46).

che il «martial law command», cui nel caso di proclamazione sono trasferiti tutti i poteri di polizia e di pubblica sicurezza, ha l'autorità per «imporre restrizioni sulla libertà di circolazione, per imporre il coprifuoco e, se e quando ciò si renda necessario, introdurre appropriate misure di difesa civile». Anche tale disposizione nulla dice sulle norme che regolano il coprifuoco, a partire dall'obbligo di avvertire la popolazione con congruo preavviso onde possa prepararsi.

La Commissione Venezia segnala ancora la singolare disposizione introdotta nel Codice di procedura penale il 27 marzo 2015: questa, al nuovo art. 91 par. 4, prevede la possibilità per la polizia di porre in stato di arresto persone che abbiano violato misure di coprifuoco prese alla stregua della legge sull'amministrazione delle province[35].. legge che peraltro non fa alcun riferimento formale al coprifuoco.

6 La mancata proclamazione dello stato di emergenza nell'estate 2015

Con nota inviata alla Commissione Venezia il 24 aprile 2016, il governo turco affermava che pur esistendo nel sud-est del Paese gli estremi per proclamare lo stato di emergenza in base agli articoli 119, 120 e 121 della Costituzione (e 122 relativo alla proclamazione della legge marziale), esso ha ritenuto «to avoid any backsliding in the field of fundamental rights and freedoms». In altre parole avrebbe adottato una forma "leggera" di coprifuoco proprio allo scopo di proteggere i diritti dei cittadini, le loro vite e proprietà anche nel corso della repressione armata dei gruppi armati annidati nelle città. Le autorità si sarebbero quindi avvalse dei poteri che la *Provincial Administration Law* concede ai Governatori locali[36]: Il governo turco nega di conseguenza l'illiceità delle diverse proclamazioni del coprifuoco succedutesi nella regione in via amministrativa, facendo notare come tali misure siano state soggette a controllo giurisdizionale. Il riferimento è in particolare alla sentenza della Corte Costituzionale dell'11 settembre 2015.[37] Questa concludeva che «it could not be argued that the declaration of a curfew by the governor for the reasons referred to above was unfounded», adeguandosi a tale pronuncia anche in successivi giudizi. Sul punto peraltro la Commissione rivela (par. 65) che nell'incontro avuto durante il sopralluogo in Turchia, i giudici della suprema Corte avevano

35 Provincial Administration Law, n. 5442, 10 June 1949.

36 Richiama dunque la ben dubbia copertura che – lo si è visto - l'art. 91 par. 4 del Codice di procedura penale, inserito proprio nel marzo 2015, offre alle forze di polizia.

37 Turkish Constitutional Court, 15 September 2015, *Mehmet Girasun and Others*, n. 2015%5266) par.14.

dichiarato di non aver ancora esaminato il merito dei ricorsi e che quindi il respingimento delle misure interinali non poteva essere interpretato come via libera al coprifuoco stesso.

Dal canto suo la Commissione Venezia conviene sul fatto che, per giurisprudenza consolidata della Corte EDU, va riconosciuto un minimo di discrezionalità (c.d. *margine di apprezzamento*) in capo agli Stati nelle situazioni di emergenza.[38] In particolare ciò è avvenuto in occasione della proclamazione degli stati di emergenza succedutisi tra il ’90 e il ’93: in quelle occasioni la Corte ha riconosciuto che le attività del PKK costituivano una pubblica emergenza che metteva in pericolo la vita della nazione. La situazione del coprifuoco proclamato nel 2015 è però diversa, non essendoci stata proclamazione dello stato di emergenza: le autorità hanno infatti giustificato la strada seguita per la proclamazione dei coprifuoco non con l’esistenza di un grave pericolo per la vita della nazione, quanto invece con la necessità di proteggere la vita e le proprietà dei civili.

La Commissione ha gioco facile nel ricordare come nell’ordinamento interno turco le misure di coprifuoco siano espressamente previste in relazione alla proclamazione dello stato di emergenza (o della legge marziale), e come la Costituzione sia chiara nell’attribuire al solo Consiglio dei Ministri, riunito sotto la direzione del presidente della Repubblica, il relativo potere. Proprio per la sua eccezionalità, la disposizione che prevede la Dichiarazione dello stato di emergenza va interpretata in modo restrittivo. Orbene, due ostacoli si frappongono a che la strada scelta da parte delle autorità per motivi di opportunità politica possa essere considerata lecita. Il primo è che il sistema di garanzie che circonda l’istituto dello stato di emergenza venga comunque rispettato anche in ipotesi di coprifuoco proclamato in via amministrativa. Il secondo è che, trattandosi di misura che restringe i diritti fondamentali di cui i cittadini godono in situazioni normali, tutti i diritti sanciti dalla Costituzione turca e quelli derivanti dagli obblighi internazionali della Turchia vengano rispettati. Quanto al primo elemento, è evidente come la *Provincial Administration Law*, che assegna a governatori e vice-governatori poteri assai ampi e discrezionali, non sia fungibile con l’*iter* costituzionale previsto per la dichiarazione dello stato di emergenza. La decisione – che comporta anche l’arresto e la condanna a pene detentive per chi non la rispetti - è stata presa da un pubblico ufficiale (governatore o vice-governatore) sulla base di una legge che non assegna formalmente a quell’ufficiale un potere in materia di coprifuoco.

Per quanto riguarda il secondo elemento, va da sé che il coprifuoco lede prima di tutto la libertà di circolazione, garantito dal Protocollo n 4 CEDU (Protocollo che peraltro la Turchia non ha ratificato) e dall’art. 12 del Patto

38 V. in particolare Corte EDU: 26 maggio 1993, *Branningam and Mc.Bride v. United Kingdom*, n. 14453/89, 14454/89 (par. 43); 18 dicembre 1996, *Aksoy* v. *Turkey*, n. 21987/93 (par. 68); 19 February 2009, *A. and Others v. United Kingdom*, n. 3455705 (par. 173).

sui diritti civili e politici.[39] Per la Commissione, che richiama anche proprie precedenti opinioni, proprio l'incertezza giuridica delineatasi è causa di incomprensioni e di gravi incertezze nella popolazione coinvolta.[40] Fedele al compito affidatole, la Commissione richiama solo nella parte finale della *Opinion 842/216* le violazioni dei singoli diritti umani avvenute nel periodo indagato, soffermandosi in particolare sulla violazione dell'art. 5[41] e ponendo comunque l'accento sulla macroscopica lesione del principio di proporzionalità. La *Opinion* conclude nel senso che il coprifuoco imposto a partire dall'agosto 2015 sulla regione sud-orientale del Paese non è fondato sulle norme che regolano con molta precisione nell'ordinamento interno turco lo stato di emergenza. Di conseguenza il ricorso alla *Provincial Administrative Law* comporta il venir meno da parte dello Stato degli obblighi che incombono su di lui a livello internazionale, ma anche costituzionale, per la tutela dei diritti umani. La Turchia viene invitata a dotarsi di maggior chiarezza legislativa sull'imposizione del coprifuoco, e prima di tutto a impegnarsi a non consentire oltre che misure tanto radicali siano prese sulla base di una legge che non prevede il rispetto delle garanzie costituzionalmente stabilite.

Pochi mesi dopo la pubblicazione della Opinion 842/216, lo stato di emergenza sarebbe in effetti stato dichiarato in tutta la Turchia. La situazione entrerà allora in una nuova, forse più terribile fase: ciò non deve peraltro farci sottovalutare i risultati del paziente lavoro di disambiguazione portato avanti meritoriamente dalla Commissione.

39 V. Human Rights Committee, *General Comment n. 27: Article 12 (Freedom of Mouvement*), adopted at the Sixty-seventh Session, on 29 November 1999, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9,.

40 Quanto all'argomentazione delle autorità turche che la popolazione del sud-est è ormai avvezza ai coprifuoco e quindi sa comunque come regolarsi – argomentazione, lo si consenta, assai azzardata per non dire altro – la Commissione (par. 86) la liquida osservando che ciò non può in alcun modo «compensate for this gap in the regulation».

41 Un caso interessante per i suoi risvolti internazionali di violazione dell'art. 5 da parte della Turchia era stato deciso qualche anno prima dalla Corte EDU, 11 Dicembre 2012, *Athary v. Turkey*, 50372/09. Si tratta di un dissidente politico iraniano che chiede asilo in Turchia e contemporaneamente, all'UNHCR, il riconoscimento dello *status* di rifugiato. La situazione si complica a causa del suo arresto per un mai chiarito coinvolgimento in una storia di droga, donde la bocciatura della richiesta alle autorità turche. Queste ne ordinano anzi il rimpatrio, salvo fermarsi davanti a un ordine governativo di non procedere fino al completamento delle pratiche da parte dell'UNHCR (ordine emanato su richiesta di quest'ultimo). Intanto il richiedente asilo iraniano è collocato nel *Foreigner's Removal Center* di Kompapi (v. caso *Asalya*), nei pressi del quartier generale della polizia di Ankara. La vicenda si conclude con l'accettazione da parte dell'Olanda di accogliere il signor Athary come rifugiato (se ne va nel 2010). Per la Corte vi è stata violazione dell'art. 5, parr. 1,2,3,4. Va segnalata la violazione del 5 par. 2: il sig. Athary venne spostato dal carcere al centro di Kompapi senza soluzione di continuità, e non venne informato né al momento del trasferimento né dopo del perché veniva portato in quel campo. La Corte correttamente nega che la notifica all'iraniano del rifiuto a concedere l'asilo sostituisse l'obbligo di informazione.

7 Turchia, Cecenia, ed altro

Prima di formulare considerazioni conclusive, anche alla luce dei successivi sviluppi, giova soffermarsi ancora su uno degli aspetti salienti dell'esperienza del sud-est turco, e cioè la particolare e terribile tipologia di violazione dell'art. 8 che questa ha conosciuto. Nel far ciò dovremo svolgere confronti con situazioni similari, quali quelle che la Corte EDU ha avuto occasione di affrontare nei c.d. casi ceceni.

Trattandosi della sistematica violazione del diritto di porgere l'estremo omaggio ai defunti, il problema non è tanto la violazione dell'art. 8, che risulta dai fatti; piuttosto, interessa la questione del se la Corte verificherà l'esistenza o meno anche di violazione (ripetuta e sistematica), nei confronti dei familiari superstiti, dell'art. 3, che vieta tortura e trattamenti inumani o degradanti. A tal fine viene in aiuto la pronuncia *Sabanchiyeva*, in cui la Corte fa efficacemente il punto sulla sua giurisprudenza in materia.[42]

All'origine del caso vi è un attacco da parte di un gruppo armato ceceno nella città di Nalchick (Republic of Kabardino-Balkariya, ottobre 2005), con risposta delle forze antiterrorismo: nella conseguente battaglia, che dura fino alla fine del 14 ottobre, vengono uccisi circa 90 membri del gruppo armato.

In un primo tempo le autorità si oppongono al ritorno dei corpi ai familairi con la motivazione che le indagini sono ancora in corso. Nel mese di aprile il tribunale decide di chiudere le indagini per tutti i morti, stabilendo senz'altro trattarsi di terroristi coinvolti nell'attentato: di conseguenza oltre 90 corpi vengono cremati in segreto (6 giugno 2006). La decisione in esame viene presa in base all'art. 14(1) del the *Federal Interment and Burial Act* (Law no. 8-FZ): la disposizione stabilisce che i corpi dei terroristi uccisi durante scontri con le forze dell'ordine non vadano riconsegnati alle famiglie. Le autorità devono procedere invece alla sepoltura/cremazione in località segreta, in modo da non rendere rintracciabili i resti.

I ricorsi dei familiari dei morti ottengono una solo parziale soddisfazione, con l'intervento della Corte Costituzionale russa.[43] Questa conferma la liceità della misura amministrativa, specificando però che ciò non va inteso come ostacolo all'espletamento delle garanzie processuali, onde evitare abusi. In sostanza le autorità militari-amministrative devono, in casi tanto delicati, sottoporre al controllo del giudice la loro decisione, e solo con l'avallo di questi procedere alla sepoltura segreta. L'atto di riferimento, emanato alla fine del 2002 nel momento del massimo delle attività terroristiche cecene in Russia, è la nuova sezione della Section 16 (1) del *Suppression of Terrorism Act*, alla stregua del quale

42 Corte EDU, 6 giugno 2013, *Sabanchiyeva and others v. Russia*, 38450/05.

43 Pronuncia n. 8-P del 28 giugno 2007.

> [The] interment of terrorists who die as a result of the interception of a terrorist act shall be carried out in accordance with the procedure established by the Government of the Russian Federation. Their bodies shall not be handed over for burial and the place of their burial shall remain undisclosed.

I ricorrenti fanno notare, davanti alla Corte EDU, che una pratica come quella vigente nella Federazione Russa è stata usata per un tratto di tempo in Israele, fino a quando l'alta Corte di quello Stato, nel 2002, ne ha stabilito l'illiceità.[44] Richiamano anche le constatazioni del Comitato dei diritti umani in relazione al rifiuto, da parte delle autorità di Bielorussia, Tagikistan, Uzbekistan, di informare le famiglie dei condannati a morte della data dell'esecuzione, di riconsegnare il corpo, di indicare il luogo della sepoltura stessa (par. 93). Di particolare rilevanza, secondo i ricorrenti, è poi il caso discusso davanti alla Corte inter-americana, *Moiwana Village* v. *Suriname*,[45] in cui, a seguito del rifiuto da parte delle forze dell'ordine di restituire i corpi degli abitanti di un villaggio uccisi in un attacco da parte delle forze stesse, la Corte aveva stabilito che i familiari avevano subito un trattamento inumano ai sensi dell'art. 5 CIADU (art. 3 CEDU).

La Corte EDU, a conclusione del caso *Sabanchiyeva*, si pronuncia nel senso che non vi sia stata violazione dell'art. 3; ciò a differenza di quanto stabilito in precedenti pronunce "cecene". Vi sarebbe infatti una differenza rispetto ai casi sottostanti a tali pronunce, in cui veniva in evidenza un ampio ricorso alla pratica delle sparizioni o omicidi senza processo da parte degli squadroni della morte all'opera in Cecenia: in tali comportamenti si era riscontrata invero una violazione dell'art. 3 nei confronti dei parenti delle vittime.[46] Il caso non sarebbe neppure confrontabile con dei precedenti negli anni '90 proprio nel sud-est della Turchia: allora – senza che vi fossero state uccisioni – le case dei ricorrenti curdi erano state bruciate, sotto gli occhi dei ricorrenti stessi (costretti a presenziare), con lo scopo da parte delle forze di sicurezza turche di infliggere loro tormenti.[47] Nel caso *Sabanchiyeva* Il ragionamento della Corte – non necessariamente condividibile - è che ove la mancata restituzione dei corpi si fondi essenzialmente su criteri obiettivi, di certezza (sono stati uccisi

44 Israeli *High Court* of Justice, 14 April 2002, HCJ 3114/02, *Barake and Others v. Minister of Defence & Others*, No. HCJ 3114/02.

45 Corte interamericana dei diritti umani, 15 June 2005, *Moiwana Village v. Suriname* (Inter-Am Ct. H.R., (Ser. C) n.. 145 (2005).

46 Corte EDU 9 November 2006, *Luluyev and Others v. Russia*, n. 69480/01, parr. 116-118, ECHR 2006-XIII.

47 *Selçuk and Asker v. Turkey*, 24 April 1998, 12/1997, parr. 77-80, *Reports* 1998-II; *Yöyler v. Turkey*, 24 July 2003, n. 26973/95, parr. 74-76; *Ayder and Others v. Turkey*, 8 January 2004, n.. 23656/94, parr. 109-11.

in quel determinato scontro, i corpi sono stati raccolti nel punto X, ecc.) non vi sia quell'elemento psicologico supplementare di dolore inflitto ai parenti, in virtù dell'incertezza (o dell'ignoranza) di quanto avvenuto, tale da raggiungere la soglia richiesta perché si possa riscontrare violazione dell'art. 3. Per i giudici del Lussemburgo dunque nel caso *Sabanchiyeva* si è avuta violazione dell'art. 8, da solo ed in connessione con l'art. 13. Se il criterio che la Corte si appresta ad utilizzare è quello descritto, ciò fa presagire risposte differenziate da parte de giudici al quesito sul se vi sia stata o meno violazione dell'art. 3 in relazione all'art. 8, come richiesto dai ricorrenti nella gran parte dei casi sottoposti alla Corte tra la fine del 2015 e l'inizio del 2016. La ricerca dell'elemento psicologico supplementare porterà forse ad una valutazione difforme di casi per altri versi omogenei, in quanto espressione di una pianificazione centralizzata e unitaria, nella sua concezione, da parte dell'autorità statuale: lasciando con ciò spazio a perplessità. Resta che comunque in una parte almeno dei 34 casi la violazione dell'art. 3 sia destinata ad emergere in modo palese.

8 Conclusioni

Malgrado la limitatezza del suo oggetto, l'indagine condotta offre spunti di interesse, anche ai fini di un approfondimento futuro.

Un primo risultato, per così dire involontario, riguarda proprio l'istituto del coprifuoco. Si tratta di uno strumento amministrativo tradizionalmente poco approfondito sia dagli studi gius-pubblicistici che da quelli di taglio internazionalistico. Pure tale strumento risulta tra i più utilizzati nelle crisi del nostro tempo: ancora, anche a prescindere dal regime delle occupazioni di territorio straniero, il suo utilizzo presenta quasi sempre, più o meno dissimulati, profili discriminatori ai danni di questa o quella minoranza, quando non risulti elemento di un piano persecutorio su ampia scala. Pare auspicabile che le modalità e gli effetti del ricorso al coprifuoco siano sottoposti ad indagine approfondita e attualizzata, al di là del caso specifico qui affrontato.

In secondo luogo, va dato atto agli organi del CoE di essersi finora dimostrati – e non vi è motivo alcuno di ritenere che la Corte Edu sarà da meno – all'altezza della gravità della crisi in corso in Turchia, e nel rispetto del proprio ruolo. Ciò è tanto più degno di segnalazione nel momento in cui la UE – e purtroppo, come subito vedremo, non la sola UE - tocca il punto più basso di una parabola che pure ha conosciuto in questi sessanta anni momenti assai alti, contribuendo in misura notevole al rafforzamento dei diritti in Europa, dando vita a quella mostruosità giuridica che è l'accordo c.d. UE-Turchia del marzo 2016 sui migranti. Tale accordo rappresenta, ne dobbiamo essere consci, l'autentico «convitato di pietra» degli eventi che stiamo vivendo, e di quelli che si preparano, in Asia minore. Gli orga-

ni del CoE, dall'Assemblea parlamentare europea, al Commissario per i diritti umani, fino ad un organo consultivo quale la Commissione Venezia, si dimostrano fermi nel corretto svolgimento dei propri compiti, e ciò costituisce un (piccolo) segnale.

Resta che su un punto delicato la presa di posizione sia della Commissione Venezia che del Commissario ai diritti umani non pare condivisibile. L'atteggiamento della Turchia in materia di stato d'assedio nell'ultima crisi è risultato molto più coerente con i citati esempi degli anni '90 di quanto gli organi in discorso abbiano ritenuto. Anche allora gli eventi repressivi nella regione sud-orientale si svilupparono dapprima in via amministrativa, e la Dichiarazione di stato d'assedio risultò funzionale, *ogni volta*, ad estendere all'intero Paese uno stato d'emergenza che le stesse autorità asserivano esistere solo in una parte. Puntualmente la Corte Edu sanzionò la Turchia, in quanto le misure straordinarie in deroga ai diritti umani, che era prerogativa dello Stato prendere, avrebbero dovuto rimanere confinate al sud-est, cioè alla parte dello Stato la cui situazione le aveva giustificate.[48] È quanto dire che la repressione limitata al solo Kurdistan turco, per violenta che fosse, non è *mai* stata preceduta da proclamazione di stato di emergenza, come è invece puntualmente avvenuto quando essa si astata estesa all'intero territorio nazionale. Pur con le dovute differenze di scala – nel senso che a seguito della proclamazione dello stato di emergenza dall'estate 2016 la repressione si è scatenata su *tutte* le forze d'opposizione politica, sui militari, sugli strati della società turca non allineati con il regime, oltre che sui curdi – la logica è la stessa.

Occorre soprattutto guardarsi dalle tentazioni di una banale caccia alle intenzioni, a proposito del comportamento del governo turco. Per quanto riguarda il sud-est, lo stato di emergenza tuttora in vigore viene proclamato *dopo* la conclusione della fase più sanguinosa e (fisicamente) brutale della repressione. Si apre un passo successivo: la distruzione di piazze e quartieri, monumenti storici e luoghi storici di aggregazione della società curda, non rincorre più il fuoco di resistenza (tra l'altro cessato), ma persegue, con metodo, altri obiettivi. Il progetto di diga di Ilisu, che pareva bloccato dopo il ritiro di quasi tutte le multinazionali originariamente interessate, riprende slancio e si connota in modo più preciso la scelta di utilizzarla come strumento interno in vista di un obbligatorio abbandono del proprio territorio da parte della popolazione curda rurale.

Per più segni, quello che si delinea è un progetto di ricostruzione radicale bio-politica dell'Anatolia. Molteplici tracce indicano la direzione

48 Sul punto in particolare L. ZAGATO, *Ancora sul rapporto tra stato di eccezione e divieto di tortura*, in *La tortura nel nuovo millennio*, cit., pp. 225-226.

del genocidio culturale[49] come punto d'approdo dell'operazione iniziata nell'agosto 2015. Ma questa allo stato appare ancora una ipotesi di lavoro, per quanto solida; essa richiede un supplemento di indagine sugli eventi successivi alla proclamazione dello stato di emergenza che non rientrava tra gli obiettivi più limitati del presente scritto.

49 Per approfondimento sulla nozione di genocidio culturale, si rimanda ai saggi di M.L. Ciminelli, *Il genocidio culturale come genocidio sui generis*, e, rispettivamente, L: Zagato *Sull'attualità della nozione di genocidio culturale nel diritto internazionale*, in *Il genocidio. Declinazioni e risposte di inizio secolo*, a cura di L. Candiotto, L. Zagato, Torino 2018, pp. 95-102 e 103-121.

Papers

Ricerche giuridiche
Vol. 6 – Num. 1 – Giugno 2017
e-ISSN 2281-6100

Facebook nel mirino delle Corti: accanimento giurisprudenziale a cavallo del caso Schrems?

Carlotta Fossà
(Dottoranda di ricerca in Diritto, mercato e persona
nell'Università Ca' Foscari Venezia)

Abstract In a time frame that is witness of the intersection between the plane of reality and the plane of virtuality, the digital world becomes a breeding ground for a substantial case law, which mainly affects online platforms and social networks, above all *Facebook*, a protagonist - straddling the Schrems case - in the thorny issues related to the mass surveillance, the protection of personal data and the controversial relationships aimed at building and maintaining a sort of transatlantic bridge between the EU and the USA for the traffic of the above mentioned data.

Keywords *Facebook* cases. Mass surveillance. Schrems case. Digital privacy. Balance of interests.

1 Lo spopolare del mondo virtuale tra agevolazioni pratiche ed insidie latenti

La ragnatela della rete oggi permea tutte le sfere dell'esistenza e tutti gli ambiti in cui la medesima si sviluppa nel quotidiano, dal settore delle relazioni umane, a quello delle comunicazioni su scala globale, alle transazioni relative a beni e servizi, agli scambi di idee ed opinioni, allo sviluppo di interessi, gusti, preferenze, alla pubblicità mirata, al *business* nella sua accezione più ampia.

Nel mare *magnum* del mondo *online*, intriso di un magmatico aggrovigliarsi di fonti normative stratificate su più livelli[1] e di problematiche

1 Per approfondimento v. F. Viola, *Il diritto come pratica sociale*, Milano 1990, p. 59 ss.; U. Breccia, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in *Pol. dir.*, 2006, n. 3, p. 361 ss.; G. Berti, *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle*

DOI 10.30687/Rg/2281-6100/2018/01/005
Submitted: 2018-01-18 | Accepted: 2018-07-16

spinose e scivolose, fungono da fari imperiosi gli *Internet Services Provider*, che si ergono a padroni del *web*, e, abusando della loro posizione di dominanza[2], dettano le regole del gioco e manipolano le coscienze del "popolo degli sventurati", che – accecato da una presunta gratuità[3] – approda entusiasticamente sulla rete e vi immette una miriade di dati personali, totalmente inconsapevole delle insidiose dinamiche che ne costellano le trame, a causa del c.d. *digital divide* culturale, demografico ed educativo. Quest'ultimo affonda le sue radici nel difetto di alfabetizzazione informatica caratterizzante la maggioranza dei fruitori, che utilizza il *web* a guisa di mero strumento di intrattenimento a buon mercato, diventando marionetta manovrata dai padroni della rete, e nell'asimmetria informatica connotante il rapporto tra *ISP* e utenti, i quali ultimi si trovano in posizione di evidente sudditanza[4].

Fra le figure di *leader* della rete spiccano senza dubbio i *social network*[5], piattaforme di condivisione connotate da pressoché totale *disclosure*, che catturano l'interesse di una più che cospicua fetta della collettività, promettendo scambio di informazioni, creazione di infinite relazioni di amicizia virtuali, nonché spionaggio di profili di tutti gli utenti iscritti, a costo zero, *melius* al prezzo di un *click* sull'accettazione delle condizioni di contratto unilateralmente imposte e sul consenso al trattamento dei dati

fonti del diritto, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 461 ss.; C. Rossello, *Commercio elettronico. La governance di Internet tra diritto statuale, autodisciplina, soft law e lex mercatoria*, Milano, 2006, p. XV; G. Finocchiaro, *Lex mercatoria e commercio elettronico. Il diritto applicabile ai contratti conclusi su Internet*, in *Contr. e impr.*, 2001, p. 571 ss. ed in *Il contratto telematico*, a cura di V. Ricciuto e N. Zorzi, in *Tratt. Dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da F. Galgano, Padova, 2002, vol. XXVII, p. 15 ss.; P. Grossi, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Paolo Grossi*, a cura di G. Alpa, Roma-Bari, 2011, p. 205; S. Sica, V. Zeno-Zencovich, *Legislazione, giurisprudenza e dottrina nel diritto di Internet*, in *Dir. inform.*, 2010, 3, p. 377 ss.

2 G. Alpa, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006, p. 74; per approfondimento v. anche F. Bravo, *Contrattazione telematica e contrattazione cibernetica*, Milano, 2007, p. 273 ss. Si veda altresì la recente risoluzione del Parlamento Europeo del 27 novembre 2014 sul sostegno ai diritti dei consumatori nel mercato unico digitale 2014/2973 (RSP), che ai punti 15, 17 e 21 manifesta le preoccupazioni riguardo all'abuso di posizione dominante dei motori di ricerca (*e.g. Google*, *Yahoo!*). In relazione alla nota sentenza *Google*, [Commission, 15.4.2015, IP/15/4780, disponibile *on-line* all'indirizzo `http://europa.eu/rapid/press-relea-se_MEMO-15-4781_en.htm`], cfr. R. Podszun, S. Kreifels, *Digital Platforms and Competition Law*, in *EuCML*, *Issue* 1/2016, p. 34 ss.; G. Surblyte, *Competition Law at the Crossroads in the Digital Economy: Is it All About Google?*, *ivi*, Issue 5/2015, p. 170 ss.; M. Cian, *Competition and Access to the Market: A Need for a Special Regulation in Online Service Supplying?*, *ivi*, Issue 1/2, 2015 p. 47.

3 A. De Franceschi, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Napoli, 2017, p. 75 ss.

4 M. Cuniberti, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, in *Dir. inform.*, fasc. 2, 2015, p. 275 ss.

5 Per delle riflessioni su questi particolari ambienti digitali e sul regime di disciplina ad essi applicabile v. C. Perlingieri, *Profili civilistici dei social networks*, Napoli, 2017, *passim*.

personali[6], e al prezzo – ancor più lauto – del furto di qualsivoglia dato relativo all'ignaro cybernauta[7], non solo qualora immesso nella *platform* della *community*, bensì anche se solo esplorato per mezzo di un comune motore di ricerca.

Questa realtà di estensione planetaria sta sempre più assumendo i tratti di un mondo parallelo in cui l'individuo trova rifugio ed in cui ha la possibilità di cambiare maschera con estrema duttilità, di inventarsi sempre nuove personalità, di interagire, di acquistare beni spesso a cifre più vantaggiose, di rinvenire qualsiasi genere di informazione atta a saziare ogni tipologia di curiosità, interesse od esigenza, di vivere una vita spesso più gratificante di quella reale.

Trattasi di un fenomeno a diffusione capillare senza dubbio di rilevante interesse dal punto di vista sociologico per il notevole e disarmante impatto che ha avuto sul globo in maniera piuttosto uniforme, salvo alcune zone connotate dal c.d. *digital divide* inteso questa volta in termini geografici, risuonando in tutta la loro attualità le altisonanti parole del maestro Rodotà «*La grande trasformazione tecnologica muta i rapporti personali e sociali e incide sull'antropologia stessa delle persone*».

Tale metamorfosi culturale ed ideologica che connota la c.d. quarta rivoluzione cattura tuttavia anche lo sguardo attento e sagace del giurista, a livello accademico nel tentativo di trovare un – forse utopico – ordine nel proliferare di una miriade di fonti *multilevel* che colorano il quadro del mondo *online*, e della magistratura, chiamata a dare risposte certe navigando nel bacino di una realtà inondata da incertezza.

Difatti, specialmente negli ultimi anni, si è assistito ad un'esponenziale moltiplicazione dei ricorsi, instaurati contro *social network*, *online platform*, motori di ricerca, *market place* – in veste di convenuti –, concernenti questioni problematiche che serpeggiano trasversalmente tra le varie

6 F. Agnino, *Disponibilità dei diritti nei s.n.: fino a che punto è possibile disporre contrattualmente dei propri diritti? (vedi contratto FB)*, in *Giur. mer.*, 2012, p. 2556 ss.; S. Scalzini, *I servizi di online social network tra privacy, regole di utilizzo e violazione dei diritti dei terzi*, *ivi*, p. 2570 ss.; R. Caterina, *Cyberspazio, social network e teoria generale del contratto*, in *AIDA*, 2011, p. 96 ss.; S.A. Cerrato, *I rapporti contrattuali (anche associativi) tra i soggetti del social network*, *ivi*, p. 189-191; P. Sammarco, *Le clausole contrattuali di esonero e trasferimento della responsabilità inserite nei termini d'uso dei servizi del web 2.0*, in *Dir. inform.*, 4/5, 2010, p. 631 ss.

7 In giurisprudenza quanto alle questioni relative al possesso delle informazioni estrapolate dai *Big Data*, v. procedimenti C-236/08 e C-238/2008 *Google c. Luis Vuitton* del 12 luglio 2011; C-324/2009 *L'Oreal c. E-Bay*; C-70/10 *Scarlet Extended c. Sabam* e C-360/10 *Sabam c. Netlog*. L'intensificazione delle attività illecite volte a carpire abusivamente i dati personali altrui, *e.g. phishing*, *spoofing*, furto d'identità, abuso di identità, dimostra come questa 'risorsa' sia foriera di crescenti interessi economici; cfr. F. Agnino, *Fino a che punto è possibile disporre contrattualmente dei propri diritti? (Vedi contratto FB)*, cit., p. 2561.

branche dello *ius*, spaziando dal diritto civile sostanziale e processuale[8], del lavoro, amministrativo, al diritto penale sostanziale e processuale[9], al diritto internazionale ed europeo, ed in particolare afferenti alle tematiche più svariate: dalla tutela dei dati personali[10] in rapporto al diritto alla *privacy* e all'oblio, il quale affonda le sue radici giurisprudenziali sovranazionali in due famose pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione europea, rispettivamente *Digital Rights Ireland*[11] e *Google Spain*[12], alle fattispecie

8 Trib. Reggio Emilia, 15 aprile 2015; Cass. civ., Sez. I, 15 aprile 2015, n. 7613; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 13 giugno 2013, in *www.ilcaso.it*, 2013; Trib. Bologna, Sez. lav., 19 novembre 2014.

9 Cass. pen., Sez. I, 15 marzo 2011, n. 16307; Trib. Firenze, Sez. II, 8 gennaio 2015; Trib. Varese, 8 novembre 2012; Cons. Stato, Sez. VI, 12 febbraio 2015, n. 7699.

10 Cass. pen, Sez. III, 3 febbraio 2014, n. 5107, in *Corr. giur.*, 2014, 6, 798. In dottrina v. D. Flint, *Computers and Internet What Is the Value of Personal Data?*, in [37-1] *BULA*, p. 38; G. Finocchiaro, *Privacy e protezione dei dati personali. Disciplina e strumenti operativi*, Bologna, 2012.

11 Corte Giust. UE, 8 aprile 2014, in cause riunite C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd c. Minister for Communications, Marine and Natural Resources e a. e Kärntner Landesregierung e a.*, ECLI:EU:C:2014:238; in *Nuova giur. civ. comm.,* 2014, I, 1044, con nota di C.M. Cascione, *I diritti fondamentali prevalgono sull'interesse alla sicurezza: la decisione data retention della Corte di giustizia e gli echi del Datagate*; in *Dir. inform.*, 2014, p. 851, con nota di S. Scagliarini, *La Corte di Giustizia bilancia diritto alla vita privata e lotta alla criminalità: alcuni pro e alcuni contra*. Per qualche commento si segnalano F. Fabbrini, *The European Court of Justice Ruling in the Data Rentention Case and its Lessons for Privacy and Surveillance in the U.S.*, 28 *Harv. Hum. Rights Journ.* (2015), p. 65; M. Nino, *L'annullamento del regime della conservazione dei dati di traffico nell'Unione europea da parte della Corte di giustizia UE: prospettive ed evoluzioni future del sistema europeo di data retention*, in *Dir. Un. Eur.*, 2014, 4, p. 803 ss.; L. Trucco, *Data retention: la Corte di giustizia si appella alla Carta UE dei diritti fondamentali,* in *Giur. it.,* 2014, 8-9, p. 1850 ss.; E. Colombo, *Data retention e Corte di Giustizia: riflessioni a prima lettura sulla declaratoria di invalidità della Direttiva 2006/24/CE*, in *Cass. pen.*, 2014, 7-8, p. 2705 ss.; R. Flor, *La Corte di Giustizia considera la direttiva europea 2006/24 sulla c.d. «data retention» contraria ai diritti fondamentali. Una lunga storia a lieto fine?,* in *Riv. Trim. Dir. pen. contemp.,* 2014, 2, p. 178 ss.; Id., *Dalla 'Data retention' al diritto all'oblio, dalle paure orwelliane alla recente giurisprudenza della corte di giustizia*, in *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, a cura di G. Resta e V. Zeno-Zencovich, Roma TrE-Press, 2015, disponibile *on-line* alla pagina `http://ojs.romatrepress.uniroma3.it/index.php/oblio`, p. 223 ss.; A. Vedaschi, V. Lubello, *Data retention and its implications for the fundamental right to privacy*: *a European perspective,* in 20(1) *Tilb. Law Rev.* (2014), p. 14 ss.; T. Konstadinides, *Destroying Democracy on the Ground of Defending It? The Data Retention Directive, the Surveillance State and Our Constitutional Ecosystem*, in *Eur. L. Rev.*, 2011, p. 722.

12 Corte Giust. UE, 13 maggio 2014, in causa C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos* (*AEPD*), *Mario Costeja Gonzále*, ECLI:EU:C:2014:317, in *Corr. giur.*, 2014, 12, p. 1471. Per qualche commento v., *ex multis*, il Volume di Aa.Vv., *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, cit., che reca i contributi di T.E. Frosini, O. Pollicino, G. Finocchiaro, P. Piroddi, G. Sartor-M. Viola De Azevedo Cunhia, A. Mantelero, S. Sica-V. D'Antonio, C. Comella, G.M. Riccio, R. Flor e F. Pizzetti, già apparsi sul numero speciale di *Dir. inform.*, 2014, fasc. 4-5; il Volume Aa.Vv., *Il caso del diritto all'oblio*, a cura di F. Pizzetti , Torino, 2012, recante i contributi di M. Bassini, G. D'Acquisto, M. Durante, L.

di *stalking*[13] e di diffamazione[14], al diritto di critica[15], al diritto all'immagine – relativo in particolare ai minori nel reato di pedopornografia[16] o per quanto attiene al porto d'armi[17] – o alla sostituzione di persona[18], o ancora alla violazione del diritto di autore[19], ai confini da tratteggiare attorno alla

Ferola, T.E. Frosini, A. Mantelero, U. Pagallo, F. Pizzetti, O. Pollicino e M. Siano; S. Crespi, *Diritti fondamentali, Corte di giustizia e riforma del sistema Ue di protezione dei dati*, in *Riv. it. Dir. Pubbl. Com.*, fasc.3-4, 2015, p. 819; G.E. Vigevani, *Identità, oblio, informazione e memoria in viaggio da Strasburgo a Lussemburgo, passando per Milano,* in *Danno e resp.,* 2014, 7, p. 731 ss.; T.E. Frosini, *Diritto all'oblio e Internet,* in *www.federalismi.it*, 10 giugno 2014; M. Bassini, *Il diritto all'oblio ai tempi di Internet: la Corte di giustizia sui motori di ricerca,* in *Quad. cost.,* 2014, 3, p. 730; F. Pizzetti, *La decisione della Corte di giustizia sul caso Google Spain: più problemi che soluzioni*, *ivi*, 10 giugno 2014; C. Blengino, *La Corte di giustizia e i motori di ricerca: una sentenza sbagliata,* in *www.medialaws.eu*, 19 maggio 2014; G. Corrias Lucente, *Ancora su Google e il diritto all'oblio*, *ivi*, 24 giugno 2014; O. Pollicino, M. Bassini, *Reconciling Right to Be Forgotten and Freedom of Information: Past and Future of Persona Data Protection in Europe*, in *DPCE*, 2014, 2, p. 641.

13 Cass. pen., sez. V, 23 maggio 2016, n. 21407; Cass. pen., sez. V, 24 maggio 2017, n. 25940.

14 Nella giurisprudenza sovranazionale, v. Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 17 giugno 2015, *Delfi c. Estonia*, ricorso n. 64569/09.

Nella giurisprudenza di legittimità, v. Cass. pen., sez. V, 31 agosto 2017, n. 39763; Cass. pen., sez. V, 12 luglio 2017, n. 34160; Cass. pen., sez. I, 2 gennaio 2017, n. 50; Cass. pen., sez. V, 1 febbraio 2017, n. 4873; Cass. pen., sez. I, 8 giugno 2015, n. 24431; Cass. pen., SS. UU., 29 gennaio 2015, n. 31022; Cass. pen., sez. I, 22 gennaio 2014, n. 16712; Cass. pen., Sez. V, 29 luglio 2010, n. 30065; Cass. pen., sez. V, 21 giugno 2006, n. 25875, in *C.E.D.*, n. 234528; Cass. civ., Sez. III, 8 maggio 2002, n. 6591; Cass. pen., Sez. V, 27 dicembre 2000, n. 4741.

Nella giurisprudenza di merito, v. Trib. Ivrea, 13 aprile 2015, n. 139; Trib. Vallo della Lucania, Ufficio del giudice per le indagini preliminari, 24 febbraio 2016, n. 22; Trib. Firenze, Sez. I, 18 giugno 2014; Trib. Monza 3 marzo 2010; Trib. Monza, Sez. IV civ., 2 marzo 2010, n. 770; Trib. Milano, Sez. IP, 10 luglio 2006; Trib. Napoli, 4 settembre 2002, in *Giur. mer.*, 2003, I, 291; in *Giur. napol.*, 2002, 427; Trib. Lecce, 24 febbraio 2001, n. 373.

15 Trib. Perugia, Sez. II, 10 giugno 2014.

16 Cass. pen., Sez. III, 20 aprile 2015, n. 16340; Cass. pen, Sez. III, 31 luglio 2013, n. 33157; Cass. pen., Sez. II, 25 ottobre 2012, n. 44914; Cass. pen, Sez. III, 10 novembre 2011, n. 44065; Cass. pen, Sez. III, 12 gennaio 2010, n. 11082; Cass. pen., Sez. F, 7 agosto 2014, n. 46305; Uff. indagini preliminari Firenze, 10 febbraio 2015.

17 T.A.R. Piemonte, 5 giugno 2015, n. 936.

18 Cass. pen., Sez. V, 26 febbraio 2014, n. 9391; Cass. pen., Sez. V, 23 aprile 2014, n. 25774; Cass. pen., Sez. V, 27 dicembre 2000, n. 4741, in *Dir. inform.*, 2002, 1727; in *C.E.D.*, n. 217745; Trib. Trento 14 luglio 2014; Trib. Trento 29 aprile 2014; Uff. indagini preliminari Livorno, 31 dicembre 2012.

19 Trib. Roma, 1 giugno 2015, n. 12706. In dottrina sul tema v. P. Pirruccio, *Diritto d'autore e responsabilità del "provider"*, in *Giur. mer.*, 2012, p. 2569 ss.; R. Petruso, *Fatto illecito degli intermediari tecnici della rete e diritto d'autore: un'indagine di diritto comparato*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 1175 ss.; M. Bellia, G.A.M. Bellomo, M. Mazzoncini, *La responsabilità civile dell'"Internet service provider" per violazioni del diritto d'autore*, nota a Corte Giust. UE, sez. III, 16 febbraio 2012, in causa C-360/10, in *Dir. ind.*, 2012, p. 346 ss.; A.E. Cogo, *I contratti di diritto d'autore nell'era digitale*, Torino, 2011, in particolare p. 73 ss.; N. Bottero, *Le nuove prerogative d'autore nell'era di Internet*, in *Giur. It.*, 2011, 8-9; T. Margoni, *Eccezioni*

responsabilità dei *Service Provider*[20], nonché alla legge da applicare e al

e limitazioni al diritto d'autore in Internet, in *Giur. It.*, 2011, 8-9; E. Tosi, *La responsabilità civile per fatto illecito degli Internet Service Provider e dei motori di ricerca a margine dei recenti casi "Google suggest" per errata programmazione del software di ricerca e "Yahoo! Italia" per "link" illecito in violazione dei diritti di proprietà intellettuale*, nota a ord. Trib. Milano sez. I civ. 25 gennaio 2011, ord. Trib. Milano sez. I civ. 31 marzo 2011, ord. Trib. Roma sez. spec. proprietà industriale ed intellettuale 20 marzo 2011, ord. Trib. Roma sez. spec. proprietà industriale ed intellettuale 11 luglio 2011, in *Riv. dir. ind.*, 2012, p. 44 ss.; A. Saraceno, *La responsabilità degli Internet service provider per le violazioni del diritto d'autore*, in *Giur. it.*, 2011, in particolare p. 2199 ss.; G. Ghidini, *Profili evolutivi del diritto industriale*, Milano, 2009, p. 149 ss.; P. Auteri, *Il paradigma tradizionale del diritto d'autore e le nuove tecnologie*, in *Proprietà digitale. Diritto d'autore, nuove tecnologie e digital rights managment*, Milano, 2006; Id., *Internet ed il diritto d'autore*, in *AIDA*, 1996, p. 83; M. Ricolfi, *Internet e le utilizzazioni libere*, *ibid.*; Id., *A Copyright for Cyberspace? The European Dilemmas*, *ivi*, 2000, p. 443; Id., *on-line e off line*, *ivi*, 2007, p. 219 ss.; G. Spedicato, *La responsabilità extracontrattuale del provider per violazioni del diritto d'autore*, in *Ciberspazio e diritto*, 2003, 95 ss.; L. Nivarra, V. Ricciuto, *Internet e il diritto dei privati*, Torino, 2002, 139 ss.; C. Ginsburg, *Copyright and the control over new technologies of dissemination*, in *Colum. Law Rev.*, 2001, p. 1613 ss.; W.R. Cornish, *Copyright across the Quarter-Century*, in *IIC*, 1995, p. 801; M. Fabiani, *La sfida delle nuove tecnologie ai diritti degli autori*, in *Il diritto di autore*, 1993, p. 532.

20 Per un quadro della giurisprudenza italiana sul tema cfr. Trib. Firenze, 25 maggio 2012, in *Dir. inform.*, 2012, 6, 1210 (s.m.), con nota di T. Scannicchio, *La responsabilità del motore di ricerca per la funzione «autocomplete»*, e in *Corr. giur.*, 4, 2013, p. 505 ss., con nota di S. Sica, *Responsabilità del "provider": per una Soluzione "Equilibrata" del problema*; Trib. Roma, 22 marzo 2011, in *Danno e resp.*, 7, 2011, p. 753 ss., con nota di G.M. Riccio, *Alla ricerca della responsabilità dei motori di ricerca*, *ivi*, p. 847 ss., con nota di F. Giovanella, *La responsabilità per linking a files audiovisivi contraffatti e l'incerta natura del motore di ricerca*; in *Dir. ind.*, 2012, p. 84 ss., con nota di A. Comelli, L. Giove, *Responsabilità del provider per mancata rimozione di link a materiale illecito*; Trib. Roma, 16 giugno 2011, in *Dir. ind.*, 2012, 1, p. 79 ss.; Trib. Milano, 9 settembre 2011, in *Giur. it.*, 2012, p. 4; Trib. Roma, 15 aprile 2010, in *Riv. dir. ind.*, 2010, II, p. 268 ss., con nota di D. Mula, *La responsabilità e gli obblighi degli Internet Service Provider per violazione del diritto d'autore*; Trib. Roma, 16 dicembre 2009, in *Dir. inform.* 2010, p. 278 ss., con nota di L. Guidobaldi, *Youtube e la diffusione di opere protette dal diritto d'autore: ancora sulla responsabilità dei providers tra hoster attiviti, conoscenza dell'illecito e obbligo di sorveglianza*.

In dottrina, v. A. Contaldo, F. Peluso, *La tutela del diritto d'autore nel settore audiovisivo e la responsabilità civile degli ISP*, nota a App. Milano, Sez. spec. Impresa, 7 gennaio 2015, n. 29, in *Dir. aut*, fasc. 1, 2015, p. 141; M. Bassini, *La rilettura giurisprudenziale della disciplina sulla responsabilità degli Internet service provider. Verso un modello di responsabilità 'complessa'?*, in *www.federalismi.it*, 9/2015; L. Bugiolacchi, *Ascesa e declino della figura del provider «attivo»? Riflessioni in tema di fondamento e limiti del regime privilegiato di responsabilità dell'hosting provider*, in *Resp. civ. prev.*, 4, 2015, p. 1261 ss.; V. Franceschelli, *Digital Single Market, diritto d'autore e "società dell'informazione a pagamento"*, in *Riv. dir. ind.*, fasc. 6, 2015, p. 247; S. Sica, *Responsabilità del provider: per una soluzione "equilibrata" del problema*, cit., p. 505 ss.; M. De Cata, *La responsabilità civile dell'internet service provider*, Milano, 2010, p. 174 ss.; U. Pagallo, *Sul principio di responsabilità in rete*, in *Dir. inform.*, 2009, p. 705 ss.; G. Cassano, A. Contaldo, *La natura giuridica e la responsabilità civile degli internet Service Providers (ISP): il punto sulla giurisprudenza*, in *Corr. giur.*, 2009, n. 9, p. 1212 ss.; G. Cassano, I.P. Cimino, *Il nuovo regime di responsabilità dei providers: verso la creazione di un novello "censore telematico"*, in *Contr.*, 2004, 1, p. 88 ss.; W.M. Landes, D.G. Lichtman, *Indirect Liability for Copyright Infringement: An Economic Perspective, J.M. Olin Program in Law and Economics Working Paper n. 179*, 2003; G.M. Riccio, *La responsabilità*

giudice a cui rivolgersi a fronte dell'insorgere di controversie[21].

Dunque, la realtà virtuale ha gravato di un ulteriore peso il carico dei giudici, che quotidianamente si trovano a maneggiare corposi e pesanti fascicoli che vanno ad accatastarsi sulle loro scrivanie, e ai cui occhi è ormai sfumata la differenza tra vita reale e vita virtuale, soprattutto a fronte del frequente perpetrarsi di abusi e soprusi posti in essere cavalcando una forza derivante proprio dalla frapposizione di uno schermo tra l'offensore e l'offeso parte lesa.

2 Il potere della rete sociale di Mark Zuckerberg specchiato nella recente casisistica giurisprudenziale

Il *social network* senza dubbio preso maggiormente d'assalto è *Facebook*, l'asso nella manica di *Zuckerberg*, il quale è stato in grado di catturare nella sua rete più di un miliardo di utenti, creando la terza comunità più numerosa al mondo, dopo la Cina e l'India, *network* sui cui nodi viaggia quotidianamente una moltitudine indefinita di dati, i quali, una volta incanalati sulle autostrade di quella immaginifica maestosa infrastruttura priva di confini materiali, si ammantano del sovrumano potere dell'ubiquità.

Detto potere può essere emblematicamente rappresentato dalle due facce di una medaglia, ovverossia da un lato nella sua accezione più positiva, potendo ogni informazione – dalla più banale alla più clamorosa – espandersi a macchia d'olio ovunque ed istantaneamente, dall'altro lato in senso pericolosamente negativo, in quanto a maggior diffusione corrisponde proporzionale gravità, in particolar modo nel caso in cui si tratti di offese pesanti, calunnie, minacce, e in generale di comportamenti che possano abbracciare le fattispecie di reato disciplinate in seno al nostro codice penale, ovvero di violazioni di normative civilistiche o di leggi speciali, sanzionabili con somme più o meno laute di risarcimento del danno.

Facebook dunque ha dapprima fatto ingresso prepotentemente nelle vite degli individui, entro le mura domestiche e nell'alveo delle formazioni

civile degli Internet providers, Giappichelli, Torino, 2002, in particolare il capitolo 3; A.C. Yen, *A Preliminary Economic Analysis of Napster: Internet Technology, Copyright Liability, and the Possibility of Coasean Bargaining*, in 26 *U. Dayton L. Rev.* 248 (2001); F. Di Ciommo, *Internet, diritti della personalità e responsabilità aquiliana del provider*, in *Danno e resp.*, 1999, p. 756; S. Rodotà, *Libertà, opportunità, democrazia e informazione*, relazione introduttiva svolta al Convegno sul tema "*Internet e privacy, Quali regole?*", Roma, 8 maggio 1998, disponibile *on-line* all'indirizzo `http://www.privacy.it/garanterelrod.html`; Id., *Quale limite è necessario?*, in *Teléma*, 1997, p. 8. In particolare per una disamina approfondita del regime di responsabilità introdotto dalla direttiva 2000/31/CE cfr. P. Van Eecke, *Online service providers and liability: A plea for a balanced approach*, in 48 *C.M.L.R.*, 2011, 1455 ss., spec. p. 1462-1465, ove completi riferimenti bibliografici.

21 C. Rossello, *op. cit.*, in particolare v. cap. I.

sociali ove si svolge la loro personalità, in un quadro di pluralismo e democraticità, e successivamente è rimbalzato nelle aule dei tribunali, ove ha fatto capolino come *mass media* connotato da straordinaria visibilità, in grado di scardinare impalcature sociali, insinuandosi tra le pieghe più riposte della società ed entrando – in via meramente esemplificativa – nelle separazioni con o senza addebito e nei divorzi[22], nelle cause concernenti l'esercizio dei diritti sociali come quelli dei lavoratori[23], delle libertà politiche, religiose ed economiche, ovvero sotto forma di concorrenza sleale[24], nonché assurgendo a rango di elemento rilevante da inserire con interpretazione evolutiva nelle fattispecie penali perpetrate a mezzo di commenti postati e condivisi – quasi sempre con grande leggerezza – sulle bacheche del *social network de quo*.

Per averne un'idea più concreta, basti pensare alla velocità con cui si autoalimentano i commenti immessi nel *web* dagli *haters* e alla risonanza globale che ha sortito la frase *shock* pronunciata sulla pagina *Facebook* de "Il Resto del Carlino" da un ventiquattrenne mediatore culturale arabo – ora indagato per istigazione a delinquere – in relazione all'atroce violenza subita lo scorso 25 agosto da una ragazza polacca vittima di stupro da parte di quattro uomini sulle spiagge di Rimini. Commento violentemente maschilista che, sebbene bandito dalla rete quasi istantaneamente, cavalcando la spinta mediatica in pochi minuti ha fatto il giro del mondo, generando polemiche a catena in un dibattito infuocato, un grande senso di indignazione, nonché una dura condanna da parte della coop sociale *Lai-Momo* in cui il giovane lavorava, che, prendendo nell'immediato una netta distanza da quanto apparso sul *post*, ha promesso gravi conseguenze e seri provvedimenti, sino al licenziamento. Inoltre, per colorire di maggior

22 Trib. Milano, Sez. IX, 16 ottobre 2014; Trib. Taranto, Sez. I, 14 novembre 2014; Trib. Monza Sez. IV, 6 febbraio 2014; Corte Suprema dello Stato di New York, Stati Uniti, *Baidoo v. Blood-Dzraku*, 2015 NY Slip Op 25096.

23 Trib. Ivrea, 28 gennaio 2015; Trib. Milano, Sez. lav., 1 agosto 2014; Trib. Ascoli Piceno, 19 novembre 2013; Cass. Civ., 27 maggio 2015, n. 10955.

24 In giurisprudenza v. Trib. Torino, Sez. spec., propr. industr. ed intell. ord., 7 luglio 2011; Cass. civ., 3 dicembre 2010, n. 24620. In dottrina in generale sul tema del rapporto tra libertà d'impresa e Internet, cfr. F. Cugia di Sant'Orsola, R. Noormohamed, D. Alves Guimarães, *Communication and Competition Law*, Alphen aan den Rijn, 2015, spec. p. 69 ss.; G. Gorkaynak, D. Durlul, M. Hagan, *Antitrust on the Internet: a Comparative Assessment of Competition Law Enforcement in the Internet Realm*, in *14 Bus. L. Int'l 51* (2013); V. Zeno-Zencovich, *Internet e concorrenza*, in *Dir. inform.* 4/5, 2010, p. 697 ss.; Id., *I rapporti tra gestori di reti e fornitori di contenuti nel contesto europeo*, *ibidem*, 2004, p. 421 ss.; Id., R. Pardolesi, *La concorrenza sleale nell'era di Internet*, in R. Pardolesi e R. Romano, *La concorrenza reale e la tutela dell'innovazione*, in *Diritto civile*, vol. IV, t. I, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, Milano, 2009, p. 105 ss.; G.M. Riccio, *Concorrenza sleale e tutela dei consumatori nelle reti telematiche*, in *Dir. inform.*, 3, 2006, p. 307 ss.; G. Rossi, *Cyber-antitrust, Internet e tutela della concorrenza*, *ibidem*, 2003, p. 247 ss.; A. Gentili, *Internet e antitrust*, in *AIDA*, 1996, p. 45 ss.

orrore la vicenda, si è aggiunto un ulteriore commento pieno di rabbia postato sulla bacheca di *Facebook* da parte di un esponente del mondo politico[25], violenta presa di posizione dalla quale il coordinatore del partito di appartenenza ha subito preso le distanze e che è costata al suo incauto autore l'immediata espulsione dal partito medesimo.

O ancora non si può non riportare alla memoria il caso della trentunenne napoletana, Tiziana Cantone, suicidatasi il 13 settembre 2016, dopo essere venuta a conoscenza del fatto che alcuni suoi video *hard* avevano avuto diffusione virale sul *web* insieme alla frase tormentone "*Stai facendo il video? Bravo*", divenuta protagonista di insulti e derisioni da parte di tutta l'Italia su *Facebook*, e a seguito della mancata rimozione dei contenuti illeciti da parte di quest'ultimo nonostante la pervenuta segnalazione e la denuncia alle inerti autorità giudiziarie, che hanno risposto con la negazione del diritto all'oblio a causa dell'attualità della notizia.

Ergo, la proiezione della propria vita sul palcoscenico delle piattaforme virtuali, ove ognuno può ricoprire il ruolo che sceglie ed indossare le maschere ad esso più confacenti, è certamente gravida di conseguenze, che possono toccare tutti i gradini della scala del rischio, dalle più gravi, come quelle che abbiamo visto emblematicamente fotografate nei due casi poc'anzi citati, a quelle più lievi, come per esempio la possibilità di 'punire' la relazione extraconiugale scoperta dal marito o dalla moglie tramite *Facebook* o un altro *social network*, specie se deputato proprio alla ricerca di nuovi incontri come *Tinder* ovvero *Badoo*, per mezzo dell'addebito della separazione.

Più in generale, il ventaglio delle questioni che possono porsi in relazione all'ingerenza di *Facebook* nelle controversie familiari è riconducibile a tre macro aree tematiche: la prova dell'infedeltà attraverso la corrispondenza sui *social network*, l'utilizzabilità nella fase istruttoria dei *post* pubblicati sui profili dei coniugi, e la connessione con il campo penale attraverso il reato di diffamazione.

Potendo in questa sede limitarci unicamente ad un mero richiamo, senza la benché minima pretesa di esaustività, alla schiera di sentenze coinvolgenti le nuove dinamiche instaurate dall'avvento del digitale, basti ai nostri fini prendere atto da un lato dell'enorme trasformazione sociale e dall'altro della necessaria e fondamentale opera dei giudici di interpretazione e di adattamento ai mutamenti telematici delle disposizioni di diritto positivo allo stato dell'arte vigenti, dopo aver essi stessi preso coscienza che la stampa e la televisione non costituiscono più l'unico veicolo per esternare opinioni circa un soggetto fisico o giuridico, che le bacheche dei cybernauti fungono da specchio e cartina di tornasole della loro esistenza,

25 Si intente qui riferirsi alla brutale frase "*Ma alla Boldrini e alle donne del Pd quando dovrà succedere?*", pronunciata in risposta vicenda consumatasi sulle spiagge romagnole da Saverio Siorino, segretario cittadino di San Giovanni Rotondo di "Noi con Salvini".

mettendone in luce le nudità più riposte, che la dogana della *privacy* ha oramai da tempo aperto la sbarra all'ingresso di una miriade di dati ed informazioni personali inconsapevolmente e gratuitamente elargiti ad una collettività indeterminata, che i *social network* e le loro *communities* delineano i contorni di un nuovo mondo in cui la magistratura deve imparare a destreggiarsi con disinvoltura, declinandone ecletticamente ogni sfaccettatura nelle casistiche concrete che si trova ad affrontare nel quotidiano.

3 La miccia responsabile di aver fatto saltare in aria il ponte transatlantico per il traffico dei dati tra UE e USA: il caso Schrems

Ciò che comunque può senza margine di dubbio cogliersi con evidenza nei recenti fatti di cronaca è l'immane e spaventosa forza mediatica della circolazione delle informazioni nell'ambiente virtuale di Internet, ove i dati rimbalzano senza freni, senza filtri e senza confini geografici imposti[26].

Difatti – soffermandoci ora in particolare su *Facebook* – qualunque internauta residente nel territorio dell'Unione europea che desideri utilizzarlo, al momento della sua iscrizione con quel famoso *click* di cui accennavamo più sopra sottoscrive un contratto con *Facebook Ireland*, una società controllata di *Facebook Inc.*, casa madre sita negli Stati Uniti, e presta il consenso al trasferimento di tutti i suoi dati personali su *server* di quest'ultima, ove i medesimi sono oggetto di un trattamento.

3.1 L'esordio delle sciagure di *Facebook*: le denunce di Snowden e Schrems sulla mass surveillance

Il merito di queste scottanti rivelazioni spetta di diritto ad un audace ed intraprendente ventisettenne austriaco, col pallino della *privacy* sin dai tempi dell'università, tema su cui scriverà la sua tesi di laurea proprio a seguito dello *stage* californiano presso l'università di Santa Clara, in piena *Silicon Valley*, ove scopre che l'avvocato esperto di *privacy* di *Facebook*, Palmieri, intervenuto ad un seminario seguito dalla sua classe, possiede una conoscenza piuttosto scarsa delle regole vigenti in Europa. Così, tal *Maximillian Schrems*, addentrandosi in indagini di invidiabile minuzia atte a portare alla luce la conoscenza da parte del *social network de quo* di moltissime informazioni private dei suoi utenti, peraltro non soggette a cancellazione nemmeno qualora l'utente medesimo decida di eliminare il

26 Per una recente e approfondita disamina delle problematiche concernenti il dato personale come bene giuridico, alla luce del Reg. UE 679/2016 e della proposta di direttiva UE del 9 dicembre 2015 sulla fornitura di contenuti digitali, v. A. De Franceschi, *op. cit.*, p. 25 ss.

proprio *account* dalla rete sociale in questione, segna il vero inizio delle sciagure di *Facebook*.

Il signor *Schrems* non si limita infatti ad una mera ricerca personale, ma, utilizzando come trampolino di lancio il c.d. *Datagate*, famoso scandalo che porta il nome del *whistleblower Edward Snowden*, – informatico famoso per aver collaborato con la *Booz Allen Hamilton*, azienda consulente della *National Security Agency (NSA*), denunciando all'opinione pubblica non solo la responsabilità degli Stati Uniti di frugare nella *privacy* di tantissime persone, statunitensi e non, ma altresì una serie di programmi di *mass surveillance*[27] di intercettazione apparentemente indiscriminata delle comunicazioni elettroniche, posta in essere dalle agenzie statunitensi successivamente all'11 settembre 2001[28], alcuni dei quali bersagliavano proprio i dati degli utenti di colossi come *Google*, *Facebook*, *Microsoft*, *Apple etc.*, documenti pubblicati dal quotidiano britannico *The Guardian* e da quello statunitense *The Washington Post* nel giugno 2013, nonché diffusi *online* da *Wikileaks* –, una volta rientrato in Austria forma un gruppo di attivisti "*Europe versus Facebook*" e pubblica *online* i risultati del suo approfondito lavoro, divulgando rivelazioni di risonanza tale che viene chiamato a colloquio per sei ore da *Richard Allan*, direttore europeo della *privacy* della società di Palo Alto.

Il giovane dimostra al mondo infatti che *Facebook* pone in essere costanti violazioni dell'accordo c.d. 'Approdo sicuro'[29], il quale cristallizza i *Safe*

27 Sul tema *de quo*, v. C. Comella, *Alcune considerazioni sugli aspetti tecnologici della sorveglianza di massa, a margine della sentenza Safe Harbor della Corte di giustizia dell'Unione Europea*, in *La protezione transnazionale dei dati personali. Dai "Safe Harbour Principles" al "Privacy Schield"*, a cura di G. Resta e V. Zeno-Zencovich, Roma TrE-Press, 2016, disponibile on-line all'indirizzo http://romatrepress.uniroma3.it/ojs/index.php/PTD/article/view/3/3, p. 49 ss.

28 Per un quadro di sintesi v. C. Bowden, *The U.S. Surveillance Programmes And Their Impact On EU Citizens' Fundamental Rights* (2013), disponibile *on-line* all'indirizzo http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/libe/dv/briefingnote_/briefingnote_en.pdf; M. Nino, *Il caso Datagate: i problemi di compatibilità del programma di sorveglianza PRISM con la normativa europea sulla protezione dei dati personali e della privacy*, in *Dir. um. dir. int.*, 2013, p. 727 ss.; per quanto concerne in particolare il problema dei rapporti con i programmi di sorveglianza europei v. D. Bigo et al., *National Programs for Mass Surveillance of Personal Data in EU Member States and Their Compatibility with EU Law*, (2013), disponibile *on-line* all'indirizzo http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/493032/IPOL-LIBE_ET(2013)493032_EN.pdf.

29 Per alcuni riferimenti, cfr. Article 29 Working Party, *Discussion Document: First orientations on Transfers of Personal Data to Third Countries - Possible Ways Forward in Assessing Adequacy*, 26 giugno 1997, XV D/5020/97 EN final, WP 4; Id., *Working Document: Transfers of Personal Data to Third Countries: Applying Articles 25 and 26 of the EU Data Protection Directive*, 24 luglio 1998, DG XV D/5025/98, WP 12; Id., *Opinion 1/99 Concerning the Level of Data Protection in the United States and the Ongoing Discussions Between the European Commission and the United States Government*, 26 gennaio 1999, 5092/98/EN/final, WP 15; Id., *Opinion 2/99 on the Adequacy of the «International Safe Harbour Principles» Issued by*

Harbour Principles[30] e rappresenta un compromesso frutto di un lungo e tormentato iter di discussione e negoziato, figlio primogenito di un'intesa politica bilaterale tra Stati Uniti ed Unione europea, costituente la crosta giuridica di riferimento per il trasferimento dei dati personali, i quali tramite quel 'ponte' transitavano ininterrottamente per fini prettamente commerciali nonché di sicurezza dalla sponda europea dell'Atlantico a quella americana diretti verso società ivi stabilite, una sorta di *by-pass* tra due differenti approcci per assicurare la tutela di detti dati, rispettivamente quello di stampo comunitario e quello adottato oltreoceano. Peraltro, l'adeguatezza del livello di tutela garantito dall'ordinamento statunitense in ordine ai *transborder data flows*[31] è stata certificata nella decisione 2000/250/CE[32], adottata dalla Commissione sulla base dell'art. 25, par. 6, direttiva 95/46/CE[33].

the US Department of Commerce on 19th April 1999, 3 maggio 1999, 5047/99/EN/final, WP 19; Id., *Opinion 4/99 on The Frequently Asked Questions to Be Issued by the US Department of Commerce in Relation to the Proposed «Safe Harbour Principles»*, 7 giugno 1999, 5066/99/EN/final, WP 21; Id., *Working Document on the Current State of Play of the Ongoing Discussions between the European Commission and the United States Government Concerning the «International Safe Harbour Principles»*, 7 luglio 1999, 5079/99/EN/final, WP 23; Id., *Opinion 7/99 On the Level of Data Protection Provided by the «Safe Harbor» Principles as Published together with the Frequently Asked Questions (FAQs) and Other Related Documents on 15 and 16 November 1999 by the US Department of Commerce*, 3 dicembre 1999, 5146/99/EN/final, WP 27; Id., *Opinion 3/2000 on the EU/US Dialogue Concerning the «Safe Harbor» Arrangement, 16 marzo 2000, 5019/00/EN/final*; Id., *Opinion 4/2000 on the Level of Protection Provided by the «Safe Harbour Principles»*, 16 maggio 2000, CA07/434/00/EN, WP 32.

30 U.S. Department of Commerce, *Safe Harbor Privacy Principles*, 21 luglio 2000, il cui testo completo è consultabile all'URL `http://www.export.gov/safeharbor/eu/eg_main_018475.asp/`.

31 Cfr. C. Kuner, *The European Commission's Proposed Data Protection Regulation: A Copernican Revolution in European Data Protection Law*, in *Privacy & Security L. Rep.* 215 (2012).

32 Commissione europea, decisione del 26 luglio 2000, a norma della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sull'adeguatezza della protezione offerta dai principi di approdo sicuro e dalle relative «Domande più frequenti» (FAQ) in materia di riservatezza pubblicate dal Dipartimento del commercio degli Stati Uniti, in GUCE, L 215 del 25 agosto 2000, p. 7 ss. La decisione *de qua* è stata recepita, nell'ordinamento italiano, con la deliberazione del Garante *Privacy* del 10 ottobre 2001 n. 36 «*Autorizzazione al trasferimento di dati personali dal territorio dello Stato verso organizzazioni aventi sede negli Stati Uniti, effettuati in base ai «Principi di approdo sicuro in materia di riservatezza» applicati in conformità alle «Domande più frequenti» (FAQ) ed all'ulteriore documentazione allegata alla Decisione della Commissione europea del 26 luglio 2000, n, 2000/520/CE*» (pubblicato in G.U. n. 275 del 26 novembre 2001). Su detto provvedimento di recepimento adottato v. E. Guerinoni, M. Bascelli, *Trasferimenti di dati personali all'estero. Il nuovo quadro normativo nazionale e le nuove regole comunitarie*, in *Contr.*, 7, 2002, p. 74 ss.; G. Stumpo, *Osservatorio di diritto comunitario: il trasferimento dei dati fuori dalla UE*, in *Dir. prat. soc.*, 4, 2002, p. 23 ss.

33 Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 ottobre 1995 relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, in *G.U.C.E.*, L 281 del 23 novembre 1995, p. 31 ss., modificata

La questione cardine, sostanziantesi nel fatto che il diritto e le prassi statunitensi vigenti non garantivano invece un adeguato sistema di protezione contro la sorveglianza svolta dalle autorità pubbliche sui dati trasferiti verso tale Paese, a seguito di un complesso iter giurisprudenziale, dapprima sollevata con denuncia il 26 giugno 2013 all'autorità irlandese garante della protezione dei dati personali (*Data Protection Commisioner*), è proseguita poi con ricorso avverso la decisione di incompetenza dinanzi alla *High Court* irlandese, la quale il 25 luglio 2014 pone in essere un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

3.2 Il reasoning della Corte di giustizia e l'effetto domino della pronuncia

La Corte di Lussemburgo[34], indossando le vesti di supplente politica e maneggiando con estrema cautela la materia particolarmente sensibile

dall'all. II al regolamento (CE) 1882/2003 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 settembre 2003 recante adeguamento alla decisione 1999/468/CE del Consiglio delle disposizioni relative ai comitati che assistono la Commissione nell'esercizio delle sue competenze di esecuzione previste negli atti soggetti alla procedura prevista all'art. 251 Tr. CE, *ibid.*, L 284 del 31 ottobre 2003, p. 1 ss.

34 Corte Giust. UE, 6 ottobre 2015, C-362/14, *Schrems c. Data Protection Commissioner*, disponibile *on-line* all'indirizzo `http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-362/14`. Per approfondimento sulle questioni oggetto della decisione *de qua* nonché sui risvolti che ha avuto, cfr. *amplius* il Volume di Aa.Vv. (a cura di), *La protezione transnazionale dei dati personali. Dai "Safe Harbour Principles" al "Privacy Schield"*, cit., Roma TrE-Press, 2016, disponibile *on-line* all'indirizzo `http://romatrepress.uniroma3.it/ojs/index.php/PTD/article/view/3/3`, che reca i contributi di V. Zeno-Zencovich, G. Resta, C. Comella, O. Pollicino, G. Finocchiaro, S. Sica-V. D'Antonio, P. Piroddi, G.M. Riccio, A. Mantelero, G. Giannone Codiglione, già apparsi sul numero speciale di *Dir. inform.*, 2014, fasc. 4-5; L. Marx, L. Wüsthof, *CJEU shuts down Safe Harbor for Transatlantic Data Transfer – Case C-362/14 Maximilian Schrems v Data Protection Commissioner*, *EuCML*, *Issue* 6/2015, p. 242 ss.; C. Vicarelli, *Invalidazione del Safe Harbor e cloud computing*, in *www.cristinavicarelli.it*; M. Bassini, O. Pollicino, *La Corte di giustizia demolisce il Safe Harbor e ridisegna i confini del diritto alla privacy in ambito transnazionale*, in *www.diritto24.ilsole24ore.com*, 7 ottobre 2015; S. Peers, *The Party's Over: EU Data Protection Law after the Schrems Safe Harbor Judgment,* in *www.eulawanalysis.blogspot.it*, 7 ottobre 2015; M. Scheinin, *The Essence of Privacy, and Varying Degrees of Intrusion,* in *www.verfassungsblog.de*, 7 ottobre 2015; R. Miller, *Schrems v. Commissioner: A Biblical Parable of Judicial Power*, *ivi,* 7 ottobre 2015; C. Kuner, *The Sinking of Safe Harbor, ivi*, 8 ottobre 2015; O. Lynskey, *Negotiating the Data Protection Thicket: Life in the Aftermath of Schrems, ivi,* 9 ottobre 2015; S. Rodotà, *Internet e privacy, c'è un giudice in Europa che frena gli Usa,* in *www.repubblica.it*, 12 ottobre 2015; F. Coudert, *Schrems vs. Data Protection Commissioner: A Slap on the Wrist for the Commission and New Powers for Data Protection Authorities,* in `www.europeanlawblog.eu`, 15 ottobre 2015; M. Nino, *La Corte di giustizia UE dichiara l'invalidità del sistema di Safe Harbor: la sentenza Schrems,* in *www.sidis-isil.org*, 24 ottobre 2015; S. Crespi, *La tutela dei dati personali UE a seguito della sentenza Schrems,* in *www.eurojus.it*, 2 novembre 2015; A. Puligheddu, *Il caso Schrems-Facebook: analisi e profili di collegamento con la sentenza Google Spain,* in *www.dimt.it*, 2 dicembre 2015; P. Falletta, *La Corte di Giustizia, ancora una volta, contro le multinazionali del web (riflessioni su Corte di Giustizia UE (Grande sezione),*

dei diritti fondamentali, segna il confine dei poteri sovrani e statuisce in maniera chiara la supremazia giudiziale su temi del più alto livello politico, come la politica internazionale. Essa, travalicando i limiti segnati dalla domanda di rinvio pregiudiziale, dichiara con grande rigore l'invalidità *in toto* della decisione 2000/250/CE della Commissione, in quanto carente sotto il profilo dell'*enforcement*[35], determinando a tal guisa la caduta definitiva della presunzione di adeguatezza di tutela insita nel rispetto dei *Safe Harbour Principles*, ed afferma a chiare lettere che ogni cittadino comunitario ha il diritto di adire l'autorità garante nazionale competente al fine specifico di vedere applicata la normativa sui dati personali, anche nell'ipotesi in cui i medesimi siano stati trasferiti in un Paese terzo. Di conseguenza, dette autorità a fronte delle doglianze *de quibus* non possono più limitarsi a respingerle, essendo loro attribuito il fondamentale ruolo di valutare ponderatamente se il trasferimento internazionale di dati dall'Unione europea ad uno Stato terzo rispetti le condizioni prescritte dalla direttiva 95/46/CE, risultando di conseguenza valorizzati i loro poteri e la loro indipendenza.

Detta Corte fotografa con lucidità le due principali falle applicative presenti all'interno dell'accordo 'Approdo sicuro': se da un lato esso non si espande a determinati settori (*e.g.* servizi bancari e finanziari, telecomunicazioni, 'no-profit'), dall'altro gli organismi aventi funzione di vigilanza sulla sua attuazione nell'ordinamento statunitense sono soltanto la *Federal Trade Commission* (*FTC*), con competenza specifica in tema di pratiche commerciali sleali o ingannevoli, la cui attività di controllo è circoscritta a pochi settori del mercato delle informazioni, con prioritaria attenzione alla

6 ottobre 2015, Schrems c. Data Protection Commissioner, C-362/14), in *www.federalismi.it*, 23 dicembre 2015.

35 Difetta in particolare l'effettività delle misure e delle procedure di vigilanza, indispensabili nell'alveo di un sistema fondato sull'autocertificazione di un impegno volontariamente assunto dai partecipanti: difatti, da un lato non predispone sufficienti presidi giuridici per limitare questa ingerenza, dall'altro non prevede concreti controlli amministrativi o rimedi giurisdizionali per le persone interessate – cittadine europee o residenti negli Stati membri dell'Unione –, nell'ipotesi in cui i loro dati personali siano stati oggetto, da parte delle autorità americane, di accessi illegittimi, a tal guisa generando una disparità di trattamento rispetto ai cittadini americani. Le insufficienze *de quibus* erano peraltro già state ammesse dalla Commissione: cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio del 27 novembre 2013, «*Ripristinare un clima di fiducia negli scambi di dati fra l'UE e gli USA*», COM(2013) 846 final, par. 2 e 3.2; Comunicazione della Commissione del 27 novembre 2013, «*Funzionamento del regime 'Approdo sicuro' dal punto di vista dei cittadini dell'UE e delle società ivi stabilite*», COM(2013) 847 final, par. 7 e 8; nonché evidenziate dal Gruppo Art. 29: Wp29, *Opinion 7/99 On the Level of Data Protection Provided by the «Safe Harbor» Principles as Published Together with the Frequently Asked Questions (FAQs) and Other Related Documents on 15 and 16 November 1999 by the US Department of Commerce*, WP 27/99 del 3 dicembre 1999, spec. p. 11 ss.; Id., *Opinion 1/99 Concerning the Level of Data Protection in the United States And the Ongoing Discussions Between the European Commission and the United States Government,* WP15/99 del 26 gennaio 1999, p. 2-4.

tutela del consumatore[36], e il *Department of Transportation*, unicamente per quanto attiene alle compagnie aeree e, più precisamente, all'emissione di biglietti.

Nel conflitto tra Unione Europea e Stati Uniti i giudici di Lussemburgo abbracciano dunque cultura, sensibilità, principi e diritto di stampo europeo, in quanto ingredienti di un *cocktail* di protezione ritenuta più pregnante, tirando uno schiaffo a visione ed interessi statunitensi, e decretano pertanto il definitivo crollo di quello che possiamo immaginare come un gigantesco ponte transatlantico lungo il quale sino a quel momento viaggiavano ininterrottamente su di una careggiata preferenziale tutti i dati personali degli utenti, con i corollari di tracciare una marcata linea di cesura nelle relazioni tra le due super-potenze nell'ambito della promozione di strumenti di *soft law* volti alla regolamentazione del trasferimento transfrontaliero dei dati, nonché di dare voce ad inevitabili reciproche incomprensioni di politica internazionale, ripercussione che riecheggia prepotentemente sul panorama di un netto peggioramento del clima generale in materia di tutela della *privacy*.

Oltretutto, dal momento che le sentenze pregiudiziali costituiscono dei precedenti, la pronuncia oggetto della presente disamina ha determinato una notevole incertezza giuridica relativamente ai trasferimenti di dati provenienti dall'Unione europea non solo verso gli Stati Uniti ma anche in generale verso tutti gli altri Stati terzi che a partire dall'anno 2000 abbiano ottenuto l'adeguatezza della Commissione. Sarebbe infatti recisamente semplicistico pensare che la decisione *de qua* si limiti a colpire *Facebook*, *Google* e gli altri colossi della *new economy* imperanti sulla *Silicon Valley*, potendosi contare tra gli aderenti ai *Safe Harbor Principles* oltre quattromila imprese europee e statunitensi attive in tutti i settori economici – tra le fila delle quali circa il 60% risulta costituito da piccole e medie imprese, e *start-up* –, e altresì i principali operatori del settore delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, *social media*, *service providers*, motori di ricerca, risultando perciò di tutta evidenza l'enorme importanza economica dell'accordo in questione.

Sebbene l'operazione compiuta dalla Corte di giustizia nella sentenza *Schrems* possieda a primo acchito una capacità di intervento che formalmente interessa soltanto il terreno dell'Unione europea, essa investe sostanzialmente lo scenario globale, scatenando innumerevoli effetti a catena e di *spillover*, tra i quali spicca il recepimento della pronuncia in

36 V. Shaffer, *Globalization and Social Protection: The Impact of EU and International Rules in the Ratcheting of U.S. Privacy Standards*, in 25 Yale J. Int. L. I, 87 (2000); W.E. Kovacic, *The Federal Trade Commission as Convenor: Developing Regulatory Policy Norms Without Litigation or Rulemaking*, in *13 J. on Telecomm. & High Tech. L.* 17 (2015); G. Giannone Codiglione, *Libertà d'impresa, concorrenza e neutralità della rete nel mercato transnazionale dei dati personali*, in *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, cit., par. 2 ss.

esame sia da parte della Svizzera, che a distanza di un breve lasso temporale ha sospeso l'attuazione dell'*US-Swiss Safe Harbor* sino ad una nuova negoziazione con gli Stati Uniti[37], sia di Israele, la cui autorità di regolazione, ossia la *Israeli Law, Information and Technology Authority* (*ILITA*), ha provveduto alla revoca dell'autorizzazione generale al trasferimento di dati personali verso gli Stati Uniti[38], dichiarando di aver sempre fatto affidamento sulla valutazione di adeguatezza dei *Safe Harbor Principles* consolidata nella decisione 2000/250 della Commissione, in relazione al profilo dell'eccezione al divieto di trasferimento dei dati *de quibus* verso Paesi terzi nell'ipotesi in cui il Paese di destinazione li riceva da parte degli Stati membri dell'Unione europea «*under the same terms of acceptance*», ovverossia in condizioni di equivalenza.

La corretta lente attraverso la quale osservare la sentenza in oggetto è dunque quella che vede il fronteggiarsi di due super-potenze internazionali per il controllo di una risorsa essenziale, ovverossia le reti globali di telecomunicazioni, confronto peraltro già emerso con riferimento ai casi relativi ad accordi internazionali volti a garantire lo scambio di dati personali tra Unione europea e Stati terzi, al fine della prevenzione e della lotta contro il terrorismo[39], per non dimenticare poi i noti programmi di spionaggio telematico, identificati per mezzo di acronimi e di nomi in codice, quali per esempio *MUSCULAR*, *Tempora*, *PRISM*, *Bullrun*, *XKeyscore*, *etc*. Difatti, anche se la sorveglianza di massa non costituisce tema direttamente affrontato nel corpo della pronuncia, non può non cogliersi l'influenza preponderante che il su citato caso *Datagate* ha esercitato sui giudici della Corte di Giustizia al momento di soppesare gli interessi in gioco, ergendosi finanche la decisione *de qua* a reazione sul fronte europeo allo scandalo *NSA*, sopravvalutandosi forse la portata delle intromissioni nella *privacy* da parte delle autorità statunitensi[40], la cui inversione di rotta sembra testimoniata dalla sentenza della *Court of Appeals for the Second Circuit*

37 Cfr. S. Crespi, *La tutela dei dati personali UE a seguito della sentenza Schrems*, cit.

38 Israeli Law, *Information and Technology Authority*, comunicato del 19 ottobre 2015.

39 Ci si riferisce qui agli accordi internazionali sul trattamento e sul trasferimento di dati di messaggistica finanziaria o delle operazioni bancarie, raccolti per mezzo del sistema *SWIFT*, dall'Unione europea agli USA ai fini del programma di controllo delle transazioni finanziarie dei terroristi (*TFTP*) e a quello relativo al trasferimento delle registrazioni dei nominativi dei passeggeri europei del trasporto aereo (*PNR*) al dipartimento statunitense per la sicurezza interna (*DHS*), nei quali accordi i dati venivano trasmessi, in maniera inconsapevole o coattiva, negli Stati Uniti ed ivi utilizzati dalle sue autorità.

40 O. Pollicino, M. Bassini, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel reasoning dei giudici di Lussemburgo*, in *La protezione transnazionale dei dati personali. Dai "Safe Harbour Principles" al "Privacy Schield"*, cit., p. 26.

del maggio 2015, *ACLU v. Clapper*[41], che ha stemperato lo iato in materia di tutela dei dati personali esistente tra le sensibilità caratterizzanti le due sponde dell'Atlantico.

Sono infatti sempre state macroscopiche le divergenze di vedute tra fra l'UE e gli USA[42] in relazione alle possibili declinazioni e alle garanzie del diritto alla *privacy*, figlie della diversità dello sviluppo storico della disciplina del tema e più in generale dell'abnorme disuguaglianza di tradizione giuridica, difettando il lacunoso ordinamento statunitense di una normativa di settore volta alla tutela *tout court* dei soggetti privati, nonché di un sistema di principi generali analogo a quello comunitario c.d. *one size fits all*. In particolare, per fornire uno spaccato d'effetto basti pensare che nel mondo statunitense la *privacy* non è annoverata tra le fila dei diritti fondamentali, contrariamente a quanto accade per merito dell'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo; o, ancora, al fatto che, poiché il *Privacy Act* concerne unicamente il trattamento dei dati da parte degli uffici governativi, quanto al contesto privato la protezione fornita alla *individual privacy* risulta piuttosto segmentata e necessitante di integrazioni sulla base delle previsioni particolari, a volte anche di natura autoregolamentare, relative a settori determinati, quali per esempio quello delle assicurazioni o degli investimenti finanziari, ove l'incidenza nella vita privata dei soggetti appare statisticamente superiore.

Il sistema europeo risponde quindi ad un paradigma totalmente autonomo che in una costruzione dualistica non consente forzature o restrizioni in materia di diritti fondamentali, la protezione dei quali rappresenta controlimite insuperabile e roccaforte inespugnabile, dinanzi a cui qualsivoglia prassi o normativa di senso contrario risulta recessiva: si assiste così alla metamorfosi di detti diritti, che vengono ad assumere il ruolo di cardine dell'intero sistema e di valvola atta a regolamentarne il grado di apertura verso l'esterno, da mere eccezioni capaci di giustificare da parte degli Stati membri restrizioni alle libertà economiche proclamate dai Trattati quali erano in passato.

41 *ACLU v. Clapper*, No. 14-42 (2d Cir. 2015), che priva la *NSA* della base giuridica per operare interventi particolarmente invasivi, affermando che la *Section* 215 del *Patriot Act* non la autorizza al compimento di una raccolta in blocco dei metadati relativi alle utenze telefoniche su scala globale.

42 Fondamentali nella storia della dottrina statunitense in materia sono gli scritti di E. Lawson, *Privacy* (voce), in *Enc. Hum. Rights*[2], Washington, 1996, p. 1194; E. Aldermann, C. Kennedy, *Right to privacy*, New York, 1995; S. Warren, L. Brandeis, *The Right to Privacy*, in *4 Harv. Law Rev.* 193 (1890); A.F. Westin, *Privacy and Freedom*, New York, 1967.

3.3 La giurisprudenza europea sui diritti fondamentali e l'agognato avvento della cultura della data protection

La stessa pronuncia in esame rappresenta senz'altro un *leading case* nell'ambito della recente giurisprudenza europea proprio in tema di diritti fondamentali[43], coronando il trittico delle decisioni concernenti il nuovo diritto alla *privacy* digitale e l'adeguamento dell'interpretazione della direttiva 95/46/CE alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, inaugurato con le già citate pronunzie *Digital Rights Ireland* e *Google Spain*, e uno *step* aggiuntivo – in quanto successivo a quest'ultima sentenza del 2014, che sul panorama di un similare *casus belli* ammanta l'Unione europea del ruolo di stabilimento di *Google*, affermandone la sovranità su tutte le entità economiche operanti nell'alveo del suo bacino, anche per mezzo di reti di telecomunicazione digitali – allo scopo di decretare la c.d. "sovranità digitale" dell'Unione europea[44], l'attitudine extraterritoriale della cui normativa in materia di protezione dei dati ne esce così ulteriormente rafforzata[45].

Dette reti di telecomunicazione, in quanto composte da elementi connotati da fisicità, quali centraline, cavi, trasmettitori, antenne, fibre, elaboratori, disseminati necessariamente all'interno del territorio dello Stato e da esso controllate[46], smentiscono recisamente la teoria – per lungo tempo abbracciata, specie in una prima fase del fiorire spontaneo di Internet – della sua deterritorialità o aterritorialità[47], in quanto la *governance* è oggi

43 G. Resta, *La sorveglianza elettronica di massa e il conflitto regolatorio USA/UE*, in *La protezione transnazionale dei dati personali. Dai "Safe Harbour Principles" al "Privacy Schield"*, cit., p. 23.

44 V. Zeno-Zencovich, *La protezione transnazionale dei dati personali. Dai "Safe Harbour Principles" al "Privacy Schield"*, in *La protezione transnazionale dei dati personali. Dai "Safe Harbour Principles" al "Privacy Schield"*, cit., p. 7.

45 G. Resta, *La sorveglianza elettronica di massa e il conflitto regolatorio USA/UE*, cit., p. 44; Dan J.B. Svantesson, *The Extraterritoriality of EU Data Privacy Law – Its Theoretical Justification and Its Practical Effect on U.S. Businesses*, 50 *Stan. J. Int'l L.* 53, 71 (2014); Id., *Extraterritoriality in the Context of Data Privacy Regulation*, 7 *Masaryk Univ. J.L. & Tech.* 87 (2013); Y. Poullet, *Transborder Data Flows and Extraterritoriality: The European Position*, 2 *J. Int'l Commerc. L. & Tech.* 146 (2007).

46 Cfr. M. Mejia-Kaiser, *Space Law and Unauthorised Cyber Activities*, in AA. VV., *Peacetime Regime for State Activities in Cyberspace. International Law, International Relations and Diplomacy*, a cura di K. Ziolkowsi, NATO CCD COE Publication, Tallinn, 2013, p. 349, disponibile on-line alla pagina `https://ccdcoe.org/publications/books/Peacetime-Regime.pdf`; I. Walden, *International Telecommunications Law, the Internet and the Regulation of Cyberspace*, in *op. ult. cit.*, p. 261 ss.

47 L'idea *de qua* è contestata da W. Heintschel Von Heinegg, *Legal Implications of Territorial Sovereignty in Cyberspace*, in 4th *International Conference on Cyber Conflict*, a cura di C. Czosseck, R. Ottis, K. Ziolkowsky, 2012 NATO CCD COE Publications, disponibile *on-line* alla pagina `https://ccdcoe.org/sites/default/files/multimedia/pdf/1_1_von_Heinegg_Le-`

senza margine di dubbio monopolio di attori privati, da *ICANN* (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*)[48], ufficio dell'anagrafe digitale avente la funzione precipua di gestire l'assegnazione dei nomi di dominio, ovverossia delle identità digitali, di ogni cybernauta, e *ITU* (*International Telecommunication Union*)[49], agenzia delle Nazioni Unite che si occupa del traffico delle radiofrequenze elettromagnetiche, a *Google*, *Facebook*, *E-bay*, *etc*. Inoltre, immaginando soluzioni idonee a trascendere il diritto nazionale, quello sovranazionale od europeo, nonché quello internazionale privato, ampliando l'orizzonte allo spettro della globalità, l'unico strumento che potrebbe prospettarsi in grado di intervenire in questa dimensione sarebbe un – pressoché utopico – accordo internazionale, frutto di un intreccio di valutazioni razionali, logiche e ponderate, prodotto dall'armonico connubio tra l'industria ICT nazionale ed il fronte accademico della ricerca scientifica e tecnologica.

In ogni caso, con la sentenza *Schrems* la posizione dell'Unione europea – la cui *policy* è sempre stata quella di ergersi a paladina della *privacy*, promuovendone un modello forte[50] – in sede di negoziazione dello sviluppo dei servizi elettronici trans-atlantici sembrerebbe uscirne irrobustita e acquisire un peso maggiore, come dimostrerebbe il prolungarsi del negoziato per il *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (*TTIP*)[51] iniziato nel 2013 con gli Stati Uniti d'America, allo scopo di operare un'integrazione tra due mercati, rimuovendo ogni forma di ostacolo, tariffario e normativo, nonché riducendo i dazi doganali, e a tal guisa favorendo la libera circolazione delle merci, dei servizi e degli investimenti, nonché il raggiungimento di due accordi tra l'Unione europea e gli Stati Uniti. Trattasi in particolare del c.d. *Umbrella Agreement* per la protezione dei dati personali in materia penale[52], siglato l'8 settembre 2015, dopo quattro anni

galImplicationsOfTerritorialSovereigntyInCyberspace.pdf, p. 9; T.S. Wu, *Cyberspace Sovereignty? The Internet and the International System*, 10 *Harv. J.L.&Tech*. 647 (1997).

48 Per approfondimento v. B. Carotti, *L'ICANN e la governance di Internet*, disponibile *on-line* all'indirizzo http://www.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/10/Icann_Rtdp_bc.pdf.

49 Per approfondimento v. I. Walden, *International Telecommunications Law, the Internet and the Regulation of Cyberspace*, cit., p. 261 ss.

50 A. Mantelero, *Data protection ed attività di impresa. Verso dove guardano gli USA?*, in *Dir. inform.*, 2011, p. 457 ss.; A. Baldassarre, *Privacy e Costituzione. L'esperienza statunitense*, Roma, 1974; S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p. 19; R.A. Posner, *Privacy, Secrecy, and Reputation*, in *28 Buffalo Law Rev. 1* (1979).

51 V. la pagina dedicata alle trattative in corso sul sito della Commissione: http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/.

52 *Agreement Between the United States of America and the European Union on the Protection of Personal Information Relating to the Prevention, Investigation, Detection and Prosecution of Criminal Offenses*, in http://ec.europa.eu/justice/data-protection/files/dp-umbrella-agreement_en.pdf. Esso è stato firmato da USA e UE il 2 giugno 2016, appro-

di trattative, volto a garantire la tutela dei cittadini europei nei confronti delle autorità americane e precisamente la protezione dei dati personali, in prevalenza giudiziari o attinenti a tali finalità, scambiati tra magistratura, organismi di polizia ed autorità giudiziarie, nell'ambito della cooperazione transatlantica finalizzata alla lotta contro la criminalità organizzata e il terrorismo, e dell'*EU-US Privacy Schield*[53], che funge da sostituto del *Safe Harbour*, in alternativa alle *model contract clauses* e alle *binding corporate rules*[54], sopperendo al vuoto normativo per mezzo della riedificazione sulle ceneri di quest'ultimo, per superare lo stato di *empasse* generato dalla sentenza *Schrems*, quell'icastico ponte transatlantico per il flusso dei dati personali, e tentando di ricostruire un labile equilibrio tra la tutela dei diritti individuali – *in primis* il rispetto della vita privata e la riservatezza, elevata a tale rango nell'art. 12 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani e nell'art. 17 del Patto Internazionale dei Diritti Civili e Politici[55] – e la violenta invasività dei moderni tentacoli globali di sorveglianza digitale, intrisa di implicazioni di carattere politico e animata da finalità di tutela della sicurezza e lotta al terrorismo. Quest'ultimo accordo, strumento indispensabile a seguito dello smantellamento della decisione sul trasferimento verso il lido statunitense, nasce come doverosa rimodulazione della tutela dei *big data* nell'ambito della regolamentazione dei futuri rapporti tra le due sponde dell'Atlantico – già segnati intensamente dalla recente approvazione del nuovo regolamento in materia di protezione dei dati personali[56] –, soppesando adeguatamente sia i profili diplomatici sia quelli di *comity*, e primo *step* per l'attribuzione di un contenuto, che possa fungere da *tertium comparationis*, al principio di adeguatezza ormai convertito in equivalenza, e costituisce prova tangibile dell'ampio slancio compiuto da-

vato nel novembre dello stesso anno dal Parlamento europeo con 481 voti in favore, 75 voti contrari e 88 astensioni, spianando così la strada al Consiglio per l'adozione della decisione finale di attuazione che conclude il percorso di approvazione dell'accordo.

53 Proposto con Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio *Trasferimenti transatlantici di dati – Ripristinare la fiducia attraverso solide garanzie* (COM(2016)117 def. del 29 febbraio 2016), spec. p. 8 ss. Per un'analisi dettagliata dei contenuti dell'accordo v. T. Grau, T. Granetzny, *EU-US-Privacy Shield – Wie sieht die Zukunft des transatlantischen Datenverkehrs aus?*, in *NZA*, 2016, p. 405 ss.; S. Sica, V. D'Antonio, *Verso il Privacy Shield: il tramonto dei Safe Harbor Privacy Principles*, in *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, cit., p. 137 ss.

54 Per approfondimento sul tema v. G.M. Riccio, *Model Contract Clauses e Corporate Binding Rules: valide alternative al Safe Harbor Agreement*, in *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, cit., p. 215 ss.

55 In proposito v. E.A. Rossi, *Il diritto alla privacy nel quadro giuridico europeo e internazionale alla luce delle recenti vicende sulla sorveglianza di massa*, in *Dir. com. sc. int.*, 2014, p. 331.

56 Commissione europea, *Protezione dei dati nell'UE: l'accordo sulla riforma proposta dalla Commissione stimolerà il mercato unico digitale*, Bruxelles, 15 dicembre 2015.

gli Stati Uniti, rincorsi dall'amara consapevolezza del rischio di incorrere in un isolamento e in una metamorfosi da emblema di moderna democrazia e *homeland* dei nuovi diritti a territorio di frontiera per i medesimi.

La pronuncia in esame rappresenta dunque il prodotto di due scenari conflittuali, quello endogeno che vede lo scontro tra le garanzie costituzionali dei diritti di libertà e le politiche della sicurezza, e quello esogeno che si profila tra il modello statunitense e quello europeo in relazione alla tutela della *privacy*[57], tema caldo e al centro di vivi dibattiti, che – per quanto attiene al mondo *online* – si sviluppano in particolare in occasione degli *Internet Governance Forum*, organizzati con cadenza annuale da parte delle Nazioni Unite e animati dal primario obiettivo di discutere circa le *policies* riguardanti Internet.

Il monito che può trarsi dal *reasoning* della Corte sembra comunque rivolgersi principalmente ai governi europei, precursori – negli anni più recenti – di una politica che, a fronte di un doveroso bilanciamento tra tutela della sicurezza e dei diritti fondamentali dei cittadini, ha visto la netta prevalenza della prima e pesanti restrizioni nell'ambito in particolare delle varie declinazioni della riservatezza, come emblematicamente si evince dalla direttiva 2006/24/CE[58].

Tuttavia, osservando la sentenza *de qua* in controluce traspare come ci si trovi ancora temporalmente lontani dall'avvento di una cultura capillarmente diffusa della *data protection*, intesa a guisa di valore di impresa e di fattore competitivo, imponendosi invece una lettura volta ad identificare nella tutela dei dati una mera voce di costo[59], ovvero un fattore atto ad influenzare il perseguimento dell'interesse economico, generando a carico delle imprese costi 'normativi' che in via mediata incidono sull'assetto generale del mercato condizionandolo. In particolare, la costruzione di un canale preferenziale per il trasferimento dei dati tra un Paese comunitario ed un Paese terzo finiva per deteriorare unicamente la posizione delle imprese operanti nel bacino europeo, in quanto di fatto si assisteva al moltiplicarsi delle elusioni delle normative concernenti la sicurezza dei dati e la durata del trattamento per scopi di interesse generale, venendosi a determinare a favore dei concorrenti aventi sede sul fronte statuniten-

57 Sul punto v. G. Resta, *La sorveglianza elettronica di massa e il conflitto regolatorio USA/UE*, cit., p. 24.

58 Direttiva 2006/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e che modifica la direttiva 2002/58/C. Per un quadro di sintesi sul tema *de quo* v. l'ampia disamina offerta da M. Nino, *Terrorismo internazionale, privacy e protezione dei dati personali*, Napoli, 2012, p. 147-350.

59 A. Mantelero, *I flussi di dati transfrontalieri e le scelte delle imprese tra Safe Harbour e Privacy Shield*, in *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, cit., p. 244.

se un netto vantaggio competitivo in termini di costi di conformazione[60]. Ciò nonostante, l'asso nella manica delle imprese commerciali europee, la ragione intrinseca del loro successo in termini di circolazione, di recezione e di diffusione del modello europeo – di cui le medesime fungevano da antesignane – ad opera di Paesi terzi, si è da sempre sostanziato nella loro forza economica, ovverossia nella loro capacità di sfruttamento degli innumerevoli legami di reciproca interdipendenza pullulanti nel quadro dell'economia globalizzata e dell'informazione.

A quanto precede pare opportuno aggiungere la constatazione che gli stessi dati oggetto del trasferimento transfrontaliero nella decisione della Commissione invalidata dalla Corte di giustizia nel caso che ci occupa vanno *in primis* considerati in fondo come beni economici[61], perno dell'attività imprenditoriale, forma intangibile di capitale, scambiabili liberamente tra imprese ed indefettibili ai fini della promozione dello sviluppo del commercio internazionale, nonché tassello da inserire nel *puzzle* del "benessere individuale", nozione riferita anche al consumatore, come confermato dalla competenza sul controllo del trattamento dei *big data* trasferiti negli Stati Uniti riconosciuta nella pronuncia *de qua* alla *Federal Trade Commission*[62].

3.3.1 Uno spaccato evolutivo del nuovo diritto alla privacy digitale e l'arduo compito di bilanciamento della Corte di giustizia

Osservando il quadro nel suo insieme, può trarsi la considerazione che sia nella sentenza che ci occupa sia nel precedente caso *Google Spain* per i giudici di Lussemburgo sia stata più agevole l'adozione di decisioni dirompenti volte a sconfessare accordi di alto livello siglati dalle istituzioni comunitarie e a caldeggiare, persino operando forzature e manipolazio-

60 Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio del 27 novembre 2013, *Ripristinare un clima di fiducia negli scambi di dati fra l'UE e gli USA*, cit., p. 7; Comunicazione della Commissione del 27 novembre 2013, *Sul funzionamento del regime 'Approdo sicuro' dal punto di vista dei cittadini dell'UE e delle società ivi stabilite*, cit., p. 14.

61 Per una riflessione generale sul tema v. G. Resta, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, p. 209 ss.; F. Astone, *Il rapporto tra gestore e singolo utente: questioni generali*, in *AIDA*, 2011, p. 114 ss.; J. Litman, *Information Privacy/Information Property*, in *52 Stan. L. Rev.* 1283 (2000); S. Rodotà, *op. ult. cit.*, p. 52 ss.; K.J. Arrow, *Il benessere economico e l'allocazione delle risorse per l'attività inventiva*, trad. it. in *Le ragioni delle organizzazioni economiche*, a cura di M. Egidi e M. Turvani, Torino, 1994, p. 117 ss., spec. p. 124 ss.; V. Zeno-Zencovich, *Informazione (profili civilistici)* (voce), in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., IX, Torino, 1993, p. 420 ss.; R. Pardolesi, C. Motti, *L'informazione come bene*, in *Dalle res alla new properties*, a cura di G. De Nova, Milano, 1991, p. 37 ss; R. Caterina, *Cyberspazio, social network e teorie generale del contratto*, cit., p. 96 ss.

62 Per approfondimento v. M. Winerman, *The Origins of the FTC: Concentration, Cooperation, Control, and Competition*, in 71 Antitrust L.J. 1 (2003).

ni – come, per esempio, nel corpo della pronuncia *Schrems*, precisamente al punto 78, ove si afferma l'esigenza che la Commissione nella fase di prima valutazione e la Corte di giustizia in sede di eventuale sindacato effettuino il bilanciamento degli interessi in gioco secondo uno *strict scrutiny* dei requisiti prescritti dall'art. 25 della direttiva 95/46/CE letto alla luce della Carta di Nizza –, l'ampliamento della tutela del diritto fondamentale alla *privacy*, in quanto il trattamento dei dati personali si erge a connotato distintivo e valore pre-giuridico dell'approccio europeo, in aperta contrapposizione a quello statunitense.

L'ingresso nell'ordinamento comunitario da parte del diritto *de quo* si deve alla direttiva 95/46/CE e successivamente il medesimo è annoverato tra i diritti e le libertà previsti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in ossequio all'art. 8 della quale ogni persona ha diritto alla protezione dei dati che la riguardano, il cui trattamento deve essere effettuato secondo lealtà, per finalità determinate ed in base al consenso dell'interessato ovvero in virtù di una previsione di legge che lo autorizzi. Peraltro, calandoci nel caso di specie, sebbene formalmente gli artt. 7[63] e 8[64] della Carta medesima non siano coinvolti nella triangolazione tra direttiva, decisione e *Safe Harbor*, il loro portato risulta senza dubbio di rilevanza decisiva, ed è infatti proprio facendo perno sulla valorizzazione delle disposizioni della Carta di Nizza che la Corte di giustizia giunge ad elevare sia la valutazione generale sul livello di protezione offerto dalla direttiva sia lo standard di tolleranza per legittimare il trasferimento di dati personali fuori dall'Unione europea, mutando il paradigma cui informare il giudizio per mezzo della già citata conversione del parametro di adeguatezza, che si specchia nell'art. 25 della direttiva, in equivalenza, e addivenendo a tal guisa agevolmente all'annullamento della decisione. È dunque l'*enforcement* della Carta a condurre alla rivisitazione e alla riforma *fundamental rights oriented* di un atto incardinato su una diversa valutazione, cristallizzata nella decisione 2000/250, del livello di adeguatezza di tutela elargito dall'ordinamento statunitense.

Infine, il Trattato di Lisbona, animato dal nobile intento di disegnare i contorni di una nuova architettura dell'Unione Europea, rafforzando la tutela dei diritti fondamentali nell'alveo del bacino europeo, introduce due rilevanti innovazioni in materia di diritto alla protezione dei dati per-

63 Per un'analisi, cfr. T. Groppi, *Rispetto della vita privata e della vita familiare*, in *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, a cura di R. Bifulco, M. Cartabia e A. Celotto, Bologna, 2001, p. 76 ss.; C. Campiglio, *Art. 7*, in *Commentario breve ai trattati dell'Unione europea*, a cura di F. Pocar, M.C. Baruffi, II ed., Padova, 2014, p. 1678 ss.

64 Cfr. F. Donati, *Protezione dei dati di carattere personale*, in *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, cit., p. 83 ss.; P. Piroddi, *Art. 8*, in *Commentario breve ai trattati dell'Unione europea*, cit., p. 1682 ss.

sonali. *In primis*, attribuisce all'UE una specifica competenza in materia e accorda al Parlamento europeo e al Consiglio ex art. 16 TFUE il potere di stabilire, nel rispetto della procedura legislativa ordinaria, norme relative alla protezione delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali, confezionando un obbligo formale gravante non solo sugli Stati membri ma anche su tutte le istituzioni, gli organi e gli organismi UE, di garanzia del rispetto dei diritti fondamentali nell'esercizio delle funzioni loro attribuite dai trattati. In secondo luogo, elargisce alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE e ai diritti ivi menzionati rango primario e vincolante – al pari dei Trattati – nel panorama delle fonti europee, ai sensi dell'articolo 6.1 TUE, riconoscendo a tal guisa autonomia anche allo stesso diritto alla protezione dei dati personali, privati o pubblici che siano, in quanto riferito all'identità personale e comprensivo non solo del potere di controllo bensì anche – specie alla luce dei risvolti forniti dalle sentenze *Google Spain e Schrems* – del diritto dell'interessato di essere informato del trattamento, di opporvisi in determinate circostanze, di accedere ai dati e di chiederne la rettifica. *Ergo*, il Trattato di Lisbona incardina la tutela giurisdizionale e le garanzie del diritto in esame su una sorta di doppio binario, instaurando una correlazione tra TFUE e Carta, e di fatto vincolando i giudici nazionali all'applicazione del diritto dell'Unione europea, al fine precipuo di assolvere ai propri compiti, nonché di comprenderne appieno la portata e il contenuto.

Ruolo di centrale importanza è senza dubbio in tale ambito svolto dalla Corte di Giustizia, nella sua veste di giudice dei diritti fondamentali dinanzi al quale ha diritto ad un ricorso effettivo in base all'art. 47 della Carta[65] ogni individuo i cui diritti e le cui libertà siano stati violati. Detta Corte – principalmente nei giudizi di cui agli articoli 256, 263 e 267 TFUE – deve sempre operare una ponderazione tra i diversi diritti in gioco al fine di decretare, caso per caso, la prevalenza di uno sull'altro, in quanto i diritti fondamentali UE, al pari di quelli CEDU, possono essere soggetti a limitazioni, che, ai sensi dell'articolo 52.1 della Carta, devono essere previste dalla legge, proporzionate, necessarie, rispettose del contenuto essenziale di detti diritti e libertà, nonché rispondenti a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

Di conseguenza, poiché il diritto alla protezione dei dati personali allo stato dell'arte si configura come diritto fondamentale costituzionalmente garantito, anch'esso deve essere oggetto di tale bilanciamento ad opera del giudice con gli altri diritti costituzionali che di volta in volta, in relazione alla fattispecie concreta prospettata dalle parti, possono porsi in concorso

65 Cfr. M. D'Amico, *Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale*, in *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, cit., p. 319 ss.; M. Castellaneta, *Art. 47*, in *Commentario breve ai trattati dell'Unione europea*, cit., p. 1770 ss.

ovvero in conflitto col medesimo (*e.g.* diritto alla libera circolazione, alla pubblica sicurezza, libertà di informazione e di espressione, diritto d'autore, iniziativa economica), nei rapporti tanto tra persone fisiche e persone giuridiche quanto tra cittadini e autorità pubbliche – come si evince dalla giurisprudenza sovranazionale in materia, che nel 2014 con le sentenze *Google Spain* e *Digital Rights Irland Ldt* ha avuto un notevole impulso. Peraltro, è proprio in seno a detto contemperamento fra interessi di differente peso, seppure di eguale veste giuridica e forma, nonché nell'eccezionalità che contraddistingue le sue limitazioni, che si coglie in tutta la sua evidenza l'obbligatoria prevalenza del suddetto diritto alla *privacy*, prendendo corpo nel ragionamento della Corte l'idea di un processo di *judicial cross-fertilization*.

L'intervento dei giudici del Lussemburgo sul tema della tutela dei dati personali e in generale la rinnovata e rinvigorita interpretazione delle sfaccettature del diritto alla riservatezza sono infatti volti principalmente all'affermazione ed al rafforzamento di alcuni principi, nonché al riequilibrio del rapporto che intreccia l'interesse pubblico alla sicurezza nazionale ed il diritto e la libertà degli utenti alla conoscenza e alla disposizione dei propri *big data* veicolati sulla rete, applicando un parametro interpretativo generale di progressiva gerarchizzazione del sistema dei diritti fondamentali, atto a favorire da un lato la protezione della *privacy* sull'interesse pubblico e dall'altro l'interesse economico dei prestatori dei servizi. In estrema sintesi, volendo adottare una prospettiva rimediale attualmente molto in voga, si assiste alla giustiziabilità *ex se* del diritto fondamentale, aprendosi la strada alla possibilità di esperire un'immediata reazione a fronte della violazione subita.

A ciò pare opportuno aggiungere che, a fronte delle riscontrate lacune del sistema e del fallimento dei fini prioritari della Commissione in relazione sia al rafforzamento della libertà di circolazione delle informazioni, come strumento per favorire la competitività delle imprese europee nel bacino del mercato interno e nel commercio internazionale, sia alla tutela delle persone quanto al trattamento dei dati personali, come traspare non solo dal piano d'azione per l'attuazione dell'Agenda digitale europea bensì anche dalla strategia Europa 2020[66], l'aura di importanza suprema che nel contesto attuale circonda il diritto alla *privacy*, nella sua intima connessione con le spinose questioni che avviluppano la *cyber-sicurezza*, si evince altresì dalla sua centralità nel corpo dell'azione legislativa facente capo all'Unione Europea. Difatti, la Commissione *Junker* lo identifica come priorità politica e tassello essenziale del Mercato Unico Digitale, come

66 Cfr. Commissione, doc. COM(2012)11 def. - 2012/0011(COD) cit., p. 2, par. 1, in riferimento alla Comunicazione della Commissione *Un'agenda digitale europea*, COM(2010) 245 def. del 19 maggio 2010; Comunicazione della Commissione EUROPA 2020. *Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, COM(2010)2020 def. del 3 marzo 2010.

si evince dal suo ultimo approdo nel recentissimo “Pacchetto protezione dati” – già proposto nel 2012 a guisa di riforma con triplice scopo, ovverossia la semplificazione e la riduzione della frammentazione del quadro normativo, il rafforzamento della tutela e la coerenza della disciplina anche nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, ed infine sfornato quattro anni dopo da detta Commissione –, costituito dal c.d. Regolamento *Privacy* 2016/679 in materia di protezione dei dati personali[67], che abroga la Direttiva 95/46/CE, e dalla Direttiva 2016/680[68] volta alla regolamentazione dei trattamenti di dati personali nei settori di prevenzione, contrasto e repressione dei crimini, la quale va a sostituire la decisione quadro 2008/977/GAI.

3.4 La fragilità delle risposte legislative di soft e hard law e le falle del sistema

Procedendo ad un’attenta carrellata dei vantaggi e degli svantaggi offerti dalla schiera degli strumenti sino ad oggi disponibili (*e.g.* decisioni sull’adeguatezza della normativa dei Paesi terzi, accordi *ad hoc*, *model contract clauses*, *corporate binding rules*), emerge la lapalissiana intrinseca debolezza che li connota, principalmente a causa della carenza o addirittura del totale difetto di un’attività di controllo e di monitoraggio effettiva e costante del grado di protezione concretamente garantito, nonché del divario esistente tra *law in books* e *law in action*, ovverossia tra il modello messo a punto dalla normativa, che erige recinzioni legali attorno ai dati europei ergendosi in fondo più a mezzo per il rafforzamento della *leadership* dell’Unione che a baluardo invalicabile dei diritti e delle libertà indefettibili, e la prassi applicativa.

Per colmare il suddetto iato occorrerebbe forse *in primis* prendere atto che la vera partita si gioca sullo scacchiere globale e concerne, accanto al rispetto dei diritti fondamentali, altresì quelli che sono gli assetti eco-

67 Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati). Detto regolamento è in vigore dal 24 maggio 2016 e diventerà definitivamente applicabile in via diretta in tutti i Paesi UE a partire dal 25 maggio 2018.

68 Direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio. Detta Direttiva è in vigore dal 5 maggio 2016 e dovrà essere recepita dagli Stati membri entro 2 anni.

nomici e politici[69], e in secondo luogo effettuare maggiori investimenti nella promozione della cultura della *privacy*, coinvolgendo in via prioritaria l'accademia, il cui compito consiste nel porre in rilievo il fatto che il diritto attuale e quello futuro affondino le loro radici proprio in questi terreni[70] a sabbie mobili, e altresì che il punto di equilibrio tra le molteplici esigenze sul tavolo può raggiugersi solo attraverso il dialogo orizzontale e verticale tra Corti, nonché per mezzo dell'instaurazione di iniziative di stampo internazionale, dirette all'estensione del diritto alla protezione nel trattamento dei dati personali a guisa di *standard* e stella polare che deve guidare sempre il legislatore.

Inoltre, sia nei settori regolati dall'Unione europea sia in quelli non regolamentati dalla medesima, vanno a costituirsi sacche di resistenza che spesso finiscono per estrinsecarsi in scelte normative che portano ad una frammentazione del livello di protezione tra gli Stati membri, disegnando i contorni di una tutela per lo più a geometria variabile, e a ciò può porsi rimedio invocando sia l'art. 6, par. 2, del TUE che richiama la CEDU, enumerandola tra i principi generali del diritto comunitario, sia l'art. 52, par. 3[71], della Carta, che statuisce che ai diritti enunciati dalla Carta medesima corrispondenti a quelli fissati dalla CEDU debbano assegnarsi portata e significato identici a quelli accordati dalla Convenzione. Disposizioni queste ultime in grado di gettare un ponte e di determinare un'apertura ad

69 A. Mantelero, *I flussi di dati transfrontalieri e le scelte delle imprese tra Safe Harbour e Privacy Shield*, cit., p. 268.

70 Cfr. a riguardo S. Rodotà, *Verso una Costituzione di Internet*, estratto dall'intervento tenuto al Convegno «*Verso una Costituzione per Internet?*», Roma, 16 giugno 2015, dalle ore 10, presso la Sala del Mappamondo di Palazzo Montecitorio, disponibile *on-line* all'indirizzo http://camera.civi.ci/discussion/proposals/billofrights; Camera dei deputati XVII Legislatura, Commissione per i Diritti e i Doveri in Internet, *Dichiarazione dei Diritti in Internet*, 28 luglio 2015, disponibile *on-line* all'indirizzo http://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/commissione_internet/TESTO_ITALIANO_DEFINITVO_2015.pdf; L. Gill, D. Redeker, U. Gasser, *Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights*, 9 novembre 2015, Berkman Center Research Publication No. 2015-15, disponibile *on-line* all'indirizzo http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2687120.

71 Sul punto cfr. anche le sentenze della Corte Giust. UE, 26 febbraio 2013, in causa C-399/11, *Stefano Melloni c. Ministerio Fiscal* e 26 febbraio 2013, in causa C-617/10, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*. Per alcuni commenti, *ex multis* cfr. A. Ruggeri, *La Corte di giustizia e il bilanciamento mancato (a margine della sentenza Melloni)*, in *Dir. Un. Eur.*, 2013, 2, p. 399 ss.; M. Iacometti, *Il caso Melloni e l'interpretazione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra Corte di giustizia e Tribunale costituzionale spagnolo*, in *Riv. AIC*, 2013; G. De Amicis, *All'incrocio tra diritti fondamentali, mandato d'arresto europeo e decisioni contumaciali: la Corte di giustizia e il 'caso Melloni'*, in *www.forumcostituzionale.it*, 5 maggio 2013; F. Vecchio, *I casi Melloni e Akeberg: il sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 2013, 2, p. 454 ss.; R. Conti, *Gerarchia fra Corte di Giustizia e Carta di Nizza-Strasburgo? Il giudice nazionale (doganiere e ariete) alla ricerca dei 'confini' fra le Carte dei diritti dopo la sentenza Åklagaren (Corte Giust., Grande Sezione, 26 febbraio 2013, causa C-617/10)*, in *www.diritticomparati.it*, 6 marzo 2013.

una possibile configurazione esterna da parte della giurisprudenza della Corte di Strasburgo rispetto al sistema comunitario, in quanto da un lato le normative nazionali eludono in parte la sfera di applicazione del diritto dell'Unione europea e dall'altro è urgente che Stati membri si preoccupino di effettuare una ponderata rimodulazione della tutela dei valori in campo.

Appare allora opportuno in questa sede ricordare una recentissima presa di posizione della Corte europea dei diritti dell'uomo, definita il *follow-up* di quest'ultima rispetto alla sentenza *Schrems* della Corte di giustizia[72], di lampante rilievo soprattutto in quanto prima decisione emessa a seguito degli attacchi terroristici che hanno colpito la Francia, esternata nella sentenza *Zakharov c. Russia*[73], ove la *Grand Chamber* ha riscontrato una violazione del diritto racchiuso nell'art. 8 della CEDU, ritenendo a tal fine sufficiente una minaccia di carattere massivo ovvero un rischio potenziale, prescindendosi dalla dimostrazione di un pregiudizio concreto e specifico per il ricorrente, orientamento peraltro già fatto proprio dai giudici di Strasburgo nelle sentenze *Klass*[74] e *Kennedy*[75], superando il c.d. test di *reasonable likelihood* e ampliando la fetta di tutela garantita alle vittime della *mass surveillance*.

4 Brevi note conclusive: diritto, mercato e persona nell'era dell'hi-tech

Dalla panoramica che si è cercato di tracciare con la presente disamina si evince come la rivoluzione copernicana generata dall'avvento di Internet abbia trasformato radicalmente il globo, invadendolo con prepotenza ed intaccandone gli ingranaggi più riposti, modificando i ruoli di forza nel gioco tra i poteri ed incidendo in maniera particolarmente evidente e significativa su tre fronti: il diritto, il mercato e la persona, concetti densi di una moltitudine di sfaccettature e avvinti da un'inestricabile interconnessione già nel mondo reale e ancor più strettamente intrecciati per mezzo dei nodi della rete.

Il diritto, – oggi non più coincidente soltanto con lo *ius in civitate positum* bensì aperto alla complessità delle fonti di *hard law* e di *soft law*

72 P. De Hert, P. Cristobal Bocos, *Case of Roman Zakharov v. Russia: The Strasbourg follow up to the Luxembourg Court's Schrems judgment*, in *www.strasbourgobservers.com*, 23 dicembre 2015.

73 Corte eur. dir. uomo, 4 dicembre 2015, *Roman Zakharov c. Russia*, n. 47143/06. Per un commento v. L. Woods, *Zakharov v. Russia: Mass Surveillance and the European Court of Human Rights*, in *www.eulawanalysis.blogspot.it*, 16 dicembre 2015.

74 Corte eur. dir. uomo, *Klass e altri c. Germania*, 6 settembre 1978, n. 5029/71.

75 Corte eur. dir. uomo, *Kennedy c. Regno Unito*, 18 maggio 2010, n. 26839/05.

proliferanti capillarmente ad ogni livello, nonché al formante giurisprudenziale che sta conducendo sempre più il nostro ordinamento ad assumere la sagoma di un '*common law* mascherato' –, che tenta di dare risposte certe ad una realtà in continua e rapida evoluzione, e che inevitabilmente finisce per specchiarsi sui suoi fallimenti, a causa della sua incapacità di stare al passo con i tempi scanditi dalla società a braccetto con la tecnologia.

Il mercato e la sua logica del *business*, che hanno dovuto reinventarsi, declinandosi secondo i nuovi bisogni creati dal *web* nella collettività, obbligando pertanto le imprese a ridisegnare i contorni e i contenuti dell'organizzazione aziendale, dalle posizioni di lavoro richieste, alla strutturazione dell'attività, alla distribuzione dei beni e dei servizi, all'introduzione dell'*e-commerce*, che sta attecchendo con sempre maggiore forza trovando *humus* fertile in una *societas* in cui vince la pigrizia di un *click*, giocoforza del dilagare di innumerevoli *start-up*, spesso nate quasi per ludo da un'idea più o meno semplicistica e poi fiorite e sviluppatesi a macchia d'olio cavalcando l'onda del digitale.

La persona, che, accecata dalle promesse di gratuità, libertà e neutralità della rete, ne cade prigioniera e soggiace alle esigenze impostele dalla medesima, uscendone a tal guisa denudata di ogni informazione personale che vi immette, e costantemente monitorata e manipolata dai burattinai del *web*, dal *deus ex machina*, dai nuovi grandi governatori del mondo, che prendono il sopravvento, declassano il paradigma della statualità, schiacciano ulteriormente il povero gigante scoronato[76], e riducono in 'schiavitù mascherata' il popolo degli utenti, il quale rinuncia ai propri diritti fondamentali, *in primis* la *privacy*, pur di sentirsi parte di un 'tutto' e pur di saziare quei bisogni irrinunciabili generati dal vortice di Internet.

Ergo, il caso *Schrems* è certamente paradigmatico: è l'emblema del coraggio di un'eccezione, di chi cioè ha la reale consapevolezza di quanto sta accadendo e la denuncia *expressis verbis* all'ignoranza della più sostanziosa fetta del mondo, che purtuttavia è così irreversibilmente vittima ignara e suddita della rete che non riesce e non vuole liberarsene.

Siamo tutti sorvegliati speciali. Siamo tutti quotidianamente pedinati e vigilati dal gigantesco occhio del *web*. Eppure continuiamo a navigarvi, a postarvi ogni minimo tassello della nostra esistenza, condividendo un'intimità che dovrebbe essere salvaguardata e che nel breve o nel lungo periodo sortirà pericolosi effetti *boomerang*.

Dunque, per concludere, non è solo il colosso *Facebook* ad essere nel mirino delle Corti, ma la vita di ogni comune, consapevole o inconsapevole, cybernauta.

76 G. Capograssi, *Saggio sullo Stato* (1918), ora in *Opere*, Milano, 1959, vol. I, p. 5.

Ricerche giuridiche e-ISSN 2281-6100
Vol. 6 – Num. 1 – Giugno 2017

Facebook e *Social*
Natura del contratto tra utente e *social*

Roberta Cosio
(Dottoranda di ricerca in Diritto, mercato e persona
nell'Università Ca' Foscari Venezia)

Abstract The article calls into question the legal nature of the contract between the operator of a *social network* (*Facebook*) and the users, by examining the main terms of use unilaterally drawn up by the operator. The analysis leads to recognizing the existence of an exchange between the parties, since the right to use the platform is granted to the user on the basis of the collection and exploitation of his personal data by the *social network*.

Keywords *Social network*. Contratto. Gestore. Utente. *Facebook*.

1 Passaggio dal web 1.0 al web 2.0

Il *world wide web* ha subito una profonda evoluzione: dal *web* 1.0 composto prevalentemente da siti *web* statici si è passati al *web* 2.0 formato dall'insieme di tutte quelle applicazioni *on line* che offrono uno spiccato livello di interazione con l'utente e tra utenti[1]. La rete offre a chiunque la possibilità di partecipare alla creazione ed alla condivisione dei contenuti digitali. Ciascun soggetto è contemporaneamente fruitore e produttore di contenuti informativi, sommando dunque a sé caratteristiche dissimili[2].

1 L'espressione *web 2.0* si deve a T. O' Reilly che nel 2005 presentò la sua relazione *What is web 2.0* per evidenziare la possibilità di produrre contenuti da parte degli utenti della rete.

2 In questi termini, P. Sammarco, *Le clausole contrattuali di esonero e trasferimento della responsabilità inserite nei termini d'uso dei servizi del web 2.0*, in *Dir. inform.*, 2010, p. 631 ss., il quale sottolinea come sia proprio questa diseguaglianza di funzioni con coincidenza di ruoli in un unico soggetto a produrre la trasformazione della rete e a determinare il suo esponenziale successo. Nei medesimi termini, F. Agnino, *Fino a che punto è possibile disporre contrattualmente dei propri diritti? (Vedi contratto FB)*, in *Giur. mer.*, 2012, p. 2556.

DOI 10.30687/Rg/2281-6100/2018/01/006
Submitted: 2018-01-27 | Accepted: 2018-04-07

Il cuore del *web* 2.0 è costituito dai *social media*, le cui caratteristiche essenziali sono la pubblicazione, la partecipazione e la personalizzazione.

Quanto al primo carattere (pubblicazione), esso consiste nella creazione di contenuti da parte degli utenti, i quali, da meri fruitori di prodotti realizzati da altri, diventano editori dei propri spazi. Il secondo carattere (partecipazione) consente agli utenti di svolgere un ruolo attivo: essi possono, ad esempio, costruire virtualmente comunità di utenti.

Infine, il terzo carattere (personalizzazione) consiste nel consentire agli utenti di personalizzare i contenuti offerti dalla rete: essi possono, ad esempio, visualizzare una prima pagina di un giornale telematico in modo tale che rispecchi le proprie preferenze ed i propri interessi. I *social network* sono stati definiti come quelle strutture informatiche di gestione di reti, che consentono lo svolgimento *on line* delle relazioni sociali, promuovendone la diffusione a livello globale, mediante la connessione in tempo reale e la condivisione di contenuti, a seguito della creazione da parte del singolo utente – con la registrazione o iscrizione – di un profilo pubblico o semipubblico[3].

Essi consentono lo svolgimento di una serie di attività che si estrinsecano nella creazione di un profilo personale mediante il quale l'utente esprime e costruisce la propria identità sociale, nella condivisione di contenuti (testi, immagini, video, etc.) e nello sviluppo di relazioni sociali che richiedono presenza quotidiana e continuità nell'aggiungere al proprio spazio nuovi materiali, *links* e commenti.

L'aspetto relazionale del sito, ossia l'interazione tra gli utenti in rete, costituisce il nucleo essenziale qualificante il servizio di *social network*.

Allo stato attuale, oltre 200 siti si definiscono o sono considerati *social networks* all'interno di un panorama che risulta fortemente eterogeneo: alcuni *social* tendono ad offrire uno strumento di comunicazione generale, senza predeterminazione dei contenuti e sono caratterizzati da un'utenza molto diversificata (es. *Facebook* e Twitter), altri *social*, invece, hanno una vocazione tendenzialmente specialistica, cioè si rivolgono solo a talune categorie di utenti animate da determinate finalità (es. LinkedIn riservato al mondo dei professionisti).

3 Così C. Perlingieri, *Profili civilistici dei social networks*, Napoli, 2014, p. 13, che riprende la definizione data da D. M. Boyd and N.B. Ellison, *Social Network Sites: Definition, History and Scolarship, in Journal of Computer-Mediated Communication*, vol. 13, 2008, International Communication Association, p. 211: «We define *social network* site sas *web* based services that allow indiviudals to (1) construct a public or semi-public profile within a bounded system, (2) articulate a list of other users with whom they share a connection, and (3) view and traverse their list of connections and those made by others within the system. The nature and nomenclature of these connections may vary from site to site». Tali Autori chiariscono di non voler utilizzare il termine "sito di *social networking*" bensì "sito di *social network*" in quanto *networking* sottolinea l'inizio di un rapporto spesso tra estranei, mentre di solito su tali siti si realizzano incontri tra soggetti che già si conoscono, per mantenere rapporti esistenti *off line*.

Quanto alla nozione di soggetto di *social network*, esistono tre differenti figure che operano all'interno di esso: l'utente, il gestore e i terzi.

Per utente, si intende la persona fisica o giuridica che stipula il contratto di servizio per accedere alle funzionalità della piattaforma; per gestore, la persona fisica o giuridica che mette a disposizione la piattaforma virtuale e/o la amministra e con la quale l'utente ha stipulato il contratto di servizio per accedere alle funzionalità del *social*; per terzi, i soggetti che, pur non essendo utenti del *social*, possono venire in contatto con essi attraverso la piattaforma (es. gli sponsor che pubblicizzano prodotti o servizi attraverso la piattaforma).

Il rapporto utente – gestore di *social network* si instaura mediante l'iscrizione/registrazione che si perfeziona quando l'utente: 1) compila il *form*, ossia fornisce i propri dati personali o almeno le generalità, oltre l'indirizzo di posta elettronica e 2) crea l'*account*, accettando automaticamente le Condizioni generali unilateralmente predisposte dal *provider* (nel caso di *Facebook* esse prendono il nome di Dichiarazione dei diritti e delle responsabilità), le quali sono (insieme alla Normativa sui dati e sull'uso dei *cookie*) collocate in altre pagine *web*, cui si fa rinvio mediante *link* di collegamento.

È interessante notare come sul tasto d'accettazione non venga riportata la dicitura "accetto", bensì quella generica di "crea *account*". Nessuna accettazione è, invece, richiesta in relazione al trattamento dei dati personali (nemmeno quelli sensibili).

La lingua utilizzata per questi testi è l'inglese ovvero (ma solo in alcuni casi come ad es. *Facebook*) la versione nella lingua nazionale del potenziale utilizzatore.

Si tratta, in tali casi, di traduzioni dall'inglese e, si precisa che, in caso di conflitto, sarà la versione in lingua inglese a prevalere. Ne consegue che solo quest'ultima fa fede nella determinazione del corretto significato dei termini contrattuali.

Dalle indicazioni fornite si evince la numerosità ed eterogeneità di problemi che il fenomeno può generare. Problemi che possono essere meglio compresi analizzando i testi contrattuali che disciplinano il rapporto gestore – utente, dai quali, pertanto, occorre muovere.

2 Le Condizioni generali di contratto

Le Condizioni generali di contratto del principale sito di *social network* (*Facebook*) prendono il nome di Dichiarazione dei diritti e delle responsabilità. Tale documento viene espressamente qualificato in termini di accordo tra utente e gestore[4].

Innanzitutto, per quanto attiene alla condivisione dei contenuti e delle informazioni (art. 2), ossia i contenuti protetti dal diritto di proprietà intellettuale (es. foto e video), si legge che l'utente accorda a *Facebook* una licenza non esclusiva, trasferibile, che può essere concessa come sublicenza, libera da *royalty* e valida in tutto il mondo, che consente l'utilizzo dei contenuti PI pubblicati su *Facebook*. Tale licenza termina nel momento in cui l'utente elimina il suo *account*, salvo che tali contenuti non siano stati condivisi con terzi e che questi non li abbiano a loro volta eliminati. Tuttavia, è possibile che i contenuti rimossi vengano conservati dal gestore come copie di *back-up* per un determinato periodo. Inoltre, quando l'utente pubblica contenuti o informazioni usando l'impostazione "Pubblica", concede a tutti, anche alle persone che non sono iscritte a *Facebook*, di accedere e usare tali informazioni e di associarle al suo profilo, ossia al suo nome o alla sua immagine del profilo. In merito a quest'ultimo aspetto, nella Normativa sui dati è ulteriormente specificato che le informazioni associate all'*account* restano memorizzate fino all'eliminazione dello stesso, salvo che il gestore non ne abbia bisogno per fornire prodotti o servizi (senza indicazione di un limite massimo di tempo) e inoltre i contenuti condivisi dagli altri utenti non vengono rimossi al momento dell'eliminazione dell'*account*, ma ivi restano (così, ad esempio, le foto condivise da un altro utente, la menzione in un post, il tag in un luogo o in un commento, etc.).

Risulta chiaro da queste prime indicazioni come il fulcro dell'attività dei *social* consista nella raccolta e nella gestione delle informazioni personali degli utenti: non solo i dati che l'utente espressamente comunica al gestore del *social* attraverso l'iscrizione ad esso, ma anche i dati acquisiti indirettamente dal gestore, ossia senza il consenso del titolare (pensiamo al comando "mi piace", che, stimolando la comunicazione di gusti ed opinioni fra utenti, assicura al gestore la raccolta e il trattamento delle informazioni relative a tali affermazioni di preferenza pur in assenza del consenso del titolare).

Queste comunicazioni di informazioni non contengono soltanto i dati personali, ma svelano spesso anche i dati sensibili dell'utente, quali l'origine razziale, etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose, filosofiche, l'appartenenza sindacale, la salute o l'orientamento sessuale.

4 Art. 18, co. 2, recita: « La presente Dichiarazione costituisce il contratto tra le parti in relazione a *Facebook* e prevale su qualsiasi accordo precedente ».

Facebook, però, non fa alcun riferimento ai dati sensibili e colloca l'informativa sulla *privacy* in un documento diverso rispetto a quello relativo alle Condizioni generali di contratto. Aspetto che assume rilievo soprattutto con riferimento al consenso, considerato che nessuna accettazione è richiesta in relazione al trattamento dei dati personali (nemmeno quelli sensibili). Tale disciplina mal si concilia con quella prevista dal diritto dell'Unione europea in merito alla tutela dei dati personali. Quest'ultima, infatti, consta di una serie eterogenea di strumenti di tutela del titolare dei dati, consistenti nel diritto all'informativa circa le modalità e finalità di trattamento da rendere in via preventiva (ossia prima di effettuare la raccolta dei dati), in forma concisa, trasparente, intellegibile e facilmente accessibile per l'interessato.

Quanto poi al trattamento dei dati sensibili, essi richiedono il consenso, espresso in forma scritta, dell'interessato e la previa autorizzazione del Garante per la protezione dei dati personali. In ogni caso e in via generale, il consenso deve essere sempre manifestato in forma specifica (la manifestazione di volontà deve riferirsi ad un trattamento chiaramente individuato o a determinate operazioni di trattamento) e non generica (non è valida una richiesta *omnibus* di consenso)[5].

Particolarmente interessanti sono anche le clausole relative alla modifica delle condizioni contrattuali e al recesso. Quanto alle modifiche (apportate unilateralmente dal gestore), ne esistono di due tipologie (art. 13): la prima è preceduta da un preavviso, che prevede una consultazione tra gli utenti (leggere e commentare le condizioni modificate prima di continuare ad usare i servizi *Facebook*), ma non è accompagnata da

5 In merito all'applicabilità a tali fattispecie della disciplina europea dei dati personali, occorre far riferimento alla direttiva 95/46/CE sulla protezione dei dati personali ed, in particolare, all'art. 4, par. 1, lett. *a)* e *c),* dal quale si desume l'ambito di applicazione della disciplina in questione.

Art. 4, par. 1, lett. *a)* stabilisce che quando il trattamento avviene all'interno dell'UE, si applica il principio di stabilimento del titolare: qualsiasi dato personale, anche detenuto all'estero, se trattato nel territorio dell'UE comporta l'applicazione della normativa nazionale sulla protezione dei dati. Invece, l'art. 4, par. 1, lett. *c)* estende l'applicazione della disciplina europea di protezione dei dati anche nel caso in cui il fornitore del servizio abbia sede al di fuori dell'UE, a condizione che impieghi per il trattamento dei dati strumenti elettronici e non situati nel territorio dello Stato.

In merito all'ambito di applicazione territoriale della disciplina in questione, il nuovo Regolamento UE 2016/679, che abroga la vecchia direttiva 95/46/CE e che diventerà definitivamente applicabile in tutto il territorio UE a partire dal 25 maggio 2018, ha introdotto importanti novità. Viene rovesciato il tradizionale principio di stabilimento, sancendo l'applicabilità della disciplina europea indipendentemente dal fatto che il trattamento sia effettuato o meno nell'Unione ed è, inoltre, prevista l'applicabilità della disciplina europea anche ai titolari e responsabili del trattamento non stabiliti nell'UE quando le attività di trattamento riguardino: 1) Offerte di beni o servizi a cittadini UE, indipendentemente dal fatto che sia richiesto o meno un pagamento; 2) Attività di monitoraggio di comportamenti di cittadini dell'UE.

un'indicazione dei motivi del cambiamento; la seconda, relativa alle normative, linee guida o ad altre condizioni inserite nella Dichiarazione non prevede né la consultazione degli utenti, né l'indicazione delle ragioni del cambiamento, ma di essa il gestore può dar notifica nella pagina dedicata alle normative del sito.

Quanto al recesso (art. 14), esso è contemplato come una facoltà esercitabile da entrambe le parti in qualunque momento e senza alcun dovere di preavviso (c.d. *recesso ad nutum*).

In particolare, il gestore si riserva il diritto di risolvere unilateralmente il rapporto se l'utente non rispetta le norme di comportamento previste dalla Dichiarazione[6], effettuando una valutazione discrezionale e senza instaurare alcun tipo di contraddittorio.

In altri termini, la cancellazione dell'*account* dell'utente è prevista sia per giusta causa riconducibile ad un illecito contrattuale (così, ad esempio, nel caso di pubblicazione di contenuti minatori, pornografici, con incitazioni all'odio o alla violenza), ma anche soltanto in relazione alla "possibilità che l'utente possa essere fonte di rischi per la società"[7]. Della disattivazione o cancellazione dell'*account*, l'utente ha conoscenza soltanto al successivo tentativo di accesso ovvero tramite la ricezione via email di una notifica. Non sussiste alcun obbligo di preavviso e ciò assume rilievo soprattutto in ordine al possibile danno che può derivarne all'utente che voglia recuperare i contenuti del suo profilo (pensiamo alla chiusura dell'*account* di un politico a ridosso delle elezioni oppure di un imprenditore che utilizza la pagina *web* per pubblicizzare la propria attività d'impresa). Sotto questo profilo, occorre precisare che *Facebook* non prevede il diritto alla portabilità dei dati, ossia il diritto dell'utente di trasmettere i dati contenuti nel proprio profilo da un *social* all'altro, senza impedimenti da parte di colui al quale sono stati forniti in precedenza. Tale aspetto risulta in contrasto con l'introduzione del diritto in questione da parte del Nuovo Regolamento in materia di *privacy*[8], di talché si

6 Una serie di obblighi di comportamento a carico dell'utente, la cui violazione determina l'eliminazione dell'*account* da parte del gestore, sono elencati all'art. 3 (non si tratta di un'elencazione tassativa): non intraprendere azioni contrarie alla legge, iniziative di marketing multilivello, immettere virus, denigrare, intimidire o molestare altri utenti, pubblicare contenuti pornografici o incitanti l'odio o eccessivamente violenti o informazioni finanziarie sensibili.

7 Art. 14 (Risoluzione) recita: « Se le azioni dell'utente non rispettano nella forma e nella sostanza la presente Dichiarazione o creano dei rischi legali per la società, ci riserviamo il diritto di interrompere la fornitura di parte o tutti i servizi di *Facebook* nei confronti dell'utente stesso ».

8 Il diritto alla portabilità dei dati è previsto dal Nuovo Regolamento UE 2016/679 (art. 20): 1. L'interessato ha il diritto di ricevere in un formato strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivo automatico i dati personali che lo riguardano forniti a un titolare del trattamento e ha il diritto di trasmettere tali dati a un altro titolare del trattamento senza

può dubitare della legittimità di una tale disposizione, in quanto ostativa rispetto alla costruzione della sfera esistenziale della persona. Qualora poi sia l'utente a recedere, è prevista come possibile la conservazione da parte del gestore dei contenuti PI dell'utente come copie di *backup* "per un determinato periodo di tempo". Tale regola risulta passibile di contrasto con l'art. 11 lett. *e)* codice *privacy* che introduce l'essenzialità del rispetto del parametro temporale come misura della liceità del trattamento, ossia la conservazione dei dati per un periodo di tempo non superiore a quello necessario agli scopi per i quali essi sono stati raccolti o successivamente trattati, norma riprodotta anche dall'art. 5 lett. *e)* del Nuovo Regolamento.

Altro aspetto da mettere in rilievo è quello relativo alle clausole di esclusione di garanzia e di responsabilità del gestore (art. 15 co. 3). Troviamo scritto nelle Condizioni generali di contratto che il *social network* eroga e presta i servizi all'utente *"as is",* così com'è e com'è disponibile. Pertanto non esiste alcuna garanzia espressa o implicita, sia con riguardo ai profili di funzionamento, qualità e affidabilità del servizio, sia sulla sicurezza dello stesso[9]. Inoltre, il gestore rigetta espressamente l'addebito di ogni tipo di responsabilità nascente da danni collegati alle azioni, ai contenuti, alle informazioni o ai dati prodotti da terzi (utenti e non), senza precisare se nella giurisdizione di appartenenza dell'utente la relativa clausola di esclusione della responsabilità è valida e opponibile, limitandosi a riconoscere che, in alcuni ordinamenti, una previsione siffatta potrebbe non essere consentita. In queste ipotesi, la responsabilità del gestore verrebbe limitata "al limite massimo consentito dalle leggi applicabili"[10].

impedimenti da parte del titolare del trattamento cui li ha forniti qualora: a) il trattamento si basi sul consenso ai sensi dell'art. 6, par. 1, lett. *a)*, o dell'art. 9, par. 2, lett. *a)*, o su un contratto ai sensi dell'art. 6, par. 1, lett. *b)*; e b) il trattamento sia effettuato con mezzi automatizzati. 2. Nell'esercitare i propri diritti relativamente alla portabilità dei dati a norma del par. 1, l'interessato ha il diritto di ottenere la trasmissione diretta dei dati personali da un titolare del trattamento all'altro, se tecnicamente fattibile. 3. L'esercizio del diritto di cui al par. 1 del presente articolo lascia impregiudicato l'art. 17. Tale diritto non si applica al trattamento necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento. 4. Il diritto di cui al par. 1 non deve ledere i diritti e le libertà altrui.

9 In questi termini, F. Astone, *Il rapporto tra gestore e singolo utente: questioni generali*, in *AIDA*, 2011, pp. 116-117; W. Virga, *Inadempimento di contratto e sanzioni private nei social network*, in *AIDA*, 2011, p. 222 ss.; P. Sammarco, *Le clausole contrattuali di esonero e trasferimento della responsabilità inserite nei termini d'uso dei servizi del web 2.0*, in *Dir. inf.*, 2010, p. 634; F. Agnino, *Fino a che punto è possibile disporre contrattualmente dei propri diritti? (vedi contratto FB),* in *Giur. merito*, fasc. 12, 2012, p. 2557.

10 La questione relativa alla validità delle clausole di esclusione di responsabilità è trattata in maniera approfondita da F. Astone, *Il rapporto tra gestore e singolo utente: questioni generali*, *op. cit.*, p. 122 ss., il quale sottolinea come un interprete orientato alla tutela dell'utente tenderà a negare la validità di tali clausole sia facendo leva sulle disposizioni codicistiche che su quelle contenute nel Codice del consumo. L'art. 1229, co. 1 e 2, c.c. vieta le clausole di esonero da responsabilità per dolo o colpa grave e comunque ne esclude l'o-

3 Natura giuridica degli accordi tra gli utenti e i social networks. Come classificare il contratto tra *Facebook* e l'utente?

Una volta messi in luce gli aspetti più rilevanti del rapporto utente – gestore di *social network* (assenza di obblighi di prestazione da parte del gestore, assenza di obblighi di pagamento in capo all'utente, assenza di qualsiasi garanzia di funzionamento, assenza di garanzia su una durata temporale minima, presenza di clausole di esclusione di garanzia, presenza di clausole di esonero da responsabilità), risulta opportuno affrontare il problema della natura giuridica di tali accordi, problema che è stato oggetto di una pluralità di ricostruzioni dottrinali.

Secondo un primo orientamento, la figura deve essere ricondotta al contratto di accesso ad Internet[11]: contratto con il quale una parte, il fornitore di accesso a Internet (o *Internet Service Provider*), concede all'altra, il cliente, la connessione alla rete e fornisce ulteriori servizi verso un determinato corrispettivo[12].

È risultata, però, assai controversa, in dottrina, la qualificazione giuridica del contratto di accesso ad Internet: alcuni autori hanno accostato tale figura al contratto di somministrazione[13], altri l'hanno ritenuta più compatibile con il contratto di appalto di servizi[14]. Ebbene, l'evocazione del contratto di accesso a Internet comporta l'equiparazione *tout court* dell'attività dei gestori delle piattaforme dei *social networks* a quella degli *Internet Service Providers*, ma, come acutamente rilevato da parte della dottrina, così non è. Il gestore del *social*, infatti, non svolge solo un'attività di memorizzazione di informazioni (come *l'hosting provider*), ma consente all'utente (mediante l'utilizzo della piattaforma) la realizzazione di rapporti interattivi e la condivisione di contenuti, di conseguenza, risulta difficile

peratività laddove si discuta di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico; l'art. 1341, co. 2, c.c. richiede una modalità formale di accettazione della clausola di limitazione di responsabilità, in genere non prevista nei "percorsi" normalmente previsti per l'adesione al *social*; l'art. 33, co. 2, lett. *a)* e *b)* cod. cons. implica la presunzione di vessatorietà delle limitazioni di responsabilità e, infine, l'art. 124 cod. cons. rafforza ulteriormente la tutela prevedendo la generale nullità delle clausole di esonero da responsabilità. Tali ultime disposizioni risulterebbero, secondo l'Autore, applicabili con notevole frequenza, posto che l'accesso al *social network* viene spesso effettuato per finalità di mero svago.

11 In questi termini, M. Granieri, *Le clausole ricorrenti nei contratti di social networks dal punto di vista della disciplina consumeristica dell'Unione europea*, in *AIDA*, 2011, p. 125 ss.

12 Definizione data da G. DE Nova, *I contratti per l'accesso ad Internet*, in *AIDA*, 1996, p. 39 ss.

13 R. Bocchini, *Il contratto di accesso ad Internet*, in *Dir. inform.,* 2002, p. 485 ss.

14 L. Albertini, *Il contratto di accesso ad Internet*, in *Giust. civ.*, 1997, II, p. 102 ss; N. Visalli, *Contratto di accesso ad Internet e tutela della privacy*, *ivi*, 2002, II, p. 129 ss.; G. De Nova, *I contratti di accesso ad Internet*, in *AIDA,* 1996, p. 42.

ipotizzarne la piena identificazione con l'ISP[15]. A tal proposito, particolare rilievo assumono anche i suggerimenti di contatti e amicizie da instaurare, nonché gli algoritmi che regolano il flusso dei contenuti nella *home page* dell'utente, i quali vengono scelti discrezionalmente dal gestore della piattaforma, incidendo fortemente sulla sua conformazione.[16]

Secondo altro orientamento, per qualificare correttamente il contratto tra gestore ed utente del *social*, occorre partire da un preciso presupposto, ossia che il contratto bilaterale utente - gestore assume un significato pratico apprezzabile, una precisa rilevanza giuridica, un determinato valore economico solo se consente l'interazione orizzontale tra la moltitudine di soggetti utenti, quindi solo proiettando il rapporto in questione verso il sistema di interrelazioni che si creano sulla piattaforma virtuale, ragion per cui andrebbe ricondotto alla figura del contratto di rete[17]. L'Autore che sostiene la tesi in esame afferma che tale qualificazione consentirebbe anche di tentare una più precisa definizione dell'elemento causale, che si realizza e si compie in una dinamica trilaterale, che coinvolge gestore, utenti ed inserzionisti. Infatti, il gestore predispone un sistema che attraverso la sua attività (instaurazione di rapporti orizzontali) l'utente valorizza. Quest'ultimo, accettando di rendersi destinatario di messaggi pubblicitari in cambio del servizio che gratuitamente riceve, rende economicamente rilevante l'attività dell'inserzionista e l'inserzionista sostiene i costi del sistema e assicura il profitto al gestore. Proprio la struttura "reticolare" del rapporto mette in luce come la gratuità del servizio fornito agli utenti sia

15 Cfr., C. Perlingieri, *Profili civilistici dei social networks*, Napoli, 2014, pp. 38-39, che sottolinea la non riducibilità del ruolo dei gestori di piattaforme sociali a quello dei *providers*, posto che l'attività svolta dai primi non è limitata soltanto a consentire la memorizzazione dei dati forniti dall'utente nella piattaforma.

16 Il nuovo algoritmo utilizzato da *Facebook* (*News Feed*) si basa, per l'aggiornamento dei post sulla *home page* dell'utente, sulla combinazione di tre criteri: 1) criterio delle condivisioni dei contenuti mediante *likes* e commenti; 2) criterio dell'affinità sulla base della frequenza delle interazioni; 3) criterio temporale collegato alla data di pubblicazione del post.

17 Per tale intendendosi, il contratto mediante il quale due o più imprenditori si obbligano, sulla base di un programma comune di rete, a esercitare in comune una o più attività economiche rientranti nei rispettivi oggetti sociali allo scopo di accrescere la reciproca capacità innovativa e la competitività sul mercato.

In questi termini, F. Astone, *Il rapporto tra gestore e singolo utente: questioni generali*, in *AIDA*, 2011, p. 102 ss.

Per un approfondimento sul tema del contratto di rete, si rimanda, invece, a C. Camardi, *Dalle reti di impresa al contratto di rete nella recente prospettiva legislativa*, in *Contratti*, 2009, p. 928 ss; G. Villa, *Reti di imprese e contratto plurilaterale*, in *Giur. comm.*, 2010, p. 951 ss.; P. Zanelli, *Reti d'impresa: dall'economia al diritto, dall'istituzione al contratto*, in *Contr. e impr.*, 2010, p. 959 ss.; V. Cuffaro, *Contratti di impresa e contratti tra imprese. I contrati di rete*, in *Corr. mer.*, 2010, p. 55 ss.; A. Tafuro, Il *contratto di rete: una lettura in chiave economico-aziendale*, in *Riv. dott. comm.,* 2011, p. 643 ss.

in realtà una gratuità "interessata[18]", giustificata dal collegamento causale che si realizza tra prestazioni del gestore, prestazioni dell'inserzionista, attività degli utenti. Sebbene tale inquadramento consenta di mettere in luce un aspetto importante, quale quello relativo alla trilateralità dei rapporti, facendo leva sulla definizione di contratto di rete emerge, tuttavia, la dissonanza con alcune delle caratteristiche precipue dell'attività di *social network*. Ed infatti, *in primis*, i singoli utenti non sono necessariamente imprenditori e, *in secundis*, concludono l'accordo con il gestore per usufruire della rete *tout court*, ossia non necessariamente allo scopo di migliorare la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato, ma anche per creare rapporti di amicizia[19].

Altra parte della dottrina, ritenendo che in questo rapporto non sia ravvisabile un sinallagma caratterizzato dallo schema *do ut des*, in quanto, da una parte, l'utente non paga un corrispettivo per usufruire del servizio e, dall'altra, non vi sono obblighi in capo al gestore, conclude per l'individuazione di un negozio gratuito atipico[20], che arreca un mero vantaggio o interesse ad una delle parti senza che vi sia l'impoverimento del soggetto che dispone il diritto (come avviene invece per la donazione).

D'altronde, sottolinea quest'Autore, l'autonomia contrattuale riconosciuta dall'art. 1322 c.c. non differenzia l'atipicità contrattuale a seconda che le figure realizzate siano a titolo gratuito o oneroso. Ne consegue che, in astratto, ben possono le parti nell'ambito della loro autonomia contrattuale porre in essere contratti atipici a titolo gratuito, salva sempre la meritevolezza degli interessi perseguiti. In questo senso, occorre dunque che l'atto di liberalità compiuto dal disponente trovi una sua giustificazione causale sul piano del suo interesse patrimoniale, cioè, in altri termini, che tale operazione gli rechi un vantaggio, apprezzabile in termini economici[21].

18 Così F. Astone, *Il rapporto tra gestore e singolo utente: questioni generali, op. cit.*, p. 114 e R. Caterina, *Cyberspazio, social network e teoria generale del contratto*, in *AIDA*, 2011, p. 96.

19 Così C. Perlingieri, *Profili civilistici dei social networks, op. cit.*, p. 51, che sottolinea la non riconducibilità della figura in esame al contratto di rete, tanto se la causa del contratto di rete venga identificata nello scopo di accrescere individualmente o collettivamente la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato, quanto se venga ricostruita nei termini di causa associativa.

20 In questi termini, P. Sammarco, *Le clausole contrattuali di esonero e trasferimento della responsabilità inserite nei termini d'uso dei servizi del web 2.0*, in *Dir. inform.*, 2010, p. 631 ss.

21 Con riferimento a tale tipologia contrattuale, F. Caringella, *Alla ricerca della causa nei contratti gratuiti atipici,* in *Foro it.,* 1993, I, 1508, che parla di negozio a cavallo tra l'atto donativo ed il contratto di scambio, in cui lo spostamento o beneficio patrimoniale in favore del beneficiario, pur non collegandosi alla previsione di una controprestazione, trova comunque una sua ragione giustificativa nell'interesse, direttamente o indirettamente, patrimoniale dell'autore del negozio, ossia un vantaggio economicamente valutabile, allo stesso derivante, sub specie di lucro immediato o di risparmio di spesa.

Altri autori ancora hanno preferito porre l'accento, piuttosto che sui vincoli bilaterali esistenti tra gestore e fruitore del *social*, sui rapporti c.d. orizzontali tra gli utenti, posto che le regole di funzionamento ed organizzazione della piattaforma *online* sono ad essi rivolti ed operano come regole di funzionamento di una determinata comunità.

Ne deriva che tale contratto risulterebbe ascrivibile ad accordi bilaterali e schemi, per certi versi, associativi[22]. Tale ricostruzione, però, solleva un problema concernente la non configurabilità nel contratto di *social site* di una causa associativa. Dalla registrazione o iscrizione (cioè l'atto di adesione al *social*) non discende infatti alcuna volontà associativa, cioè di creazione di una comunità virtuale tra i diversi utenti, ma solo la volontà di accedere ad una piattaforma sociale e risulta inoltre difficile includere il gestore nello schema associativo, che, al più, potrebbe ritenersi sussistente nei rapporti orizzontali tra i diversi utenti[23]. Vi è persino chi si è chiesto se l'accordo tra utente e gestore del *social* sia effettivamente qualificabile in termini contrattuali, affermando che, di regola, sono gli stessi fornitori del servizio a qualificarlo come tale, mentre dall'analisi delle clausole risulta l'assenza di obbligazioni reciproche e l'esclusione o forte limitazione di responsabilità da parte del gestore[24].

Infine, vi è chi ha qualificato il contratto di *social network* come contratto di scambio di godimento di beni immateriali: l'utente dispone del suo diritto alla *privacy* ed al controllo dei dati personali in funzione dell'utilizzo della piattaforma, consentendo al *social* l'inoltro di pubblicità mirata. Si realizza, quindi, uno scambio: dati personali – uso della piattaforma,

22 Cfr. W. Virga, *Inadempimento di contratto e sanzioni private nei social network*, in *AIDA*, 2011, p. 222 ss.

23 Cfr. C. Perlingieri, *Profili civilistici dei social networks*, *op. cit.*, p. 55 secondo la quale «l'adesione ad un ente senza scopo di lucro, finalizzata al perseguimento di uno scopo associativo e all'esercizio dell'attività non economica dell'ente, non può essere confusa con l'adesione a un *social network* strumentale all'utilizzo della specifica piattaforma *software* che consente di comunicare e condividere contenuti con gli altri iscritti scelti dal singolo utente anche quando il *social site* sia tematico e, nello specifico, a supporto di enti non economici».

24 Cfr. R. Caterina, *Cyberspazio, social network e teoria generale del contratto*, in *AIDA*, 2011, p. 93 ss., « si tratta di apprezzare la peculiarità di un accordo talmente povero, sotto il profilo dell'efficacia vincolante, da sollevare il dubbio se si possa ancora parlare di un contratto ».

scambio da intendere non in senso economico[25], bensì in senso giuridico[26], come reciproco trasferimento di beni o servizi attuato nell'ambito di un unico disegno negoziale. In altri termini, secondo questa tesi, per un verso, il gestore del *social* concede all'utente una licenza d'uso del *software*, per altro verso, l'utente concede al gestore una licenza sui contenuti PI: sia quelli forniti direttamente dall'utente, sia quelli raccolti dal gestore del sito, in seguito all'utilizzo effettuato dall'utente dei servizi offerti[27].

Si pone dunque l'accento sull'esistenza di un'unitaria e complessa operazione economica, ossia di un collegamento negoziale tra il contratto concluso tra utente e gestore del *social* e il contratto concluso da quest'ultimo con gli inserzionisti pubblicitari (i veri soggetti finanziatori delle aziende che gestiscono *social network*[28]).

Questo orientamento va quindi collegato al tema della negoziabilità degli attribuiti immateriali della persona umana, considerato che il fulcro dell'attività dei *social* è la raccolta e gestione dei dati personali, che le nuove tecnologie interattive trasformano in una "merce di scambio[29]". A

25 Sebbene vi sia stato anche chi ha sostenuto la configurabilità di uno scambio in senso economico. Vedi, in tal senso, S. Thobani « Un numero estremamente significativo di servizi offerti sul *web* si basa sullo scambio, per lo meno in termini economici, tra i servizi e i dati personali. Si tratta di servizi gratuiti (nel senso che non è previsto un corrispettivo in denaro per il loro utilizzo), in cui l'utente acconsente al trattamento dei propri dati personali anche per scopi non necessari alla fornitura del servizio. I dati vengono solitamente utilizzati per fini pubblicitari ed è proprio da tale utilizzo che il fornitore del servizio (gratuito) trae il proprio vantaggio. Di fatto, avviene dunque uno scambio tra la fornitura del servizio e il consenso al trattamento dei dati; quest'ultimo costituisce pertanto il corrispettivo per l'accesso al servizio ».

26 Così, G. Biscontini, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista*, Napoli, 1984, p. 71 ss. « Il sinallagma viene così a porsi non soltanto tra le prestazioni che trovano giustificazione in un unico rapporto giuridico e quindi in un unico titolo, ma anche tra le prestazioni di autonomi rapporti purché collegati in un disegno unitario ».

27 In questi termini, C. Perlingieri, *Profili civilistici dei social networks*, *op. cit.*, p. 90 ss., secondo la quale « il contratto tra il sito di *social network* e l'utente deve essere ricondotto nell'alveo dei contratti di scambio, poiché la disposizione della *privacy* e dei dati personali è in funzione dell'utilizzo della piattaforma, sì che in virtù del sinallagma, l'utente in tanto ha il diritto di utilizzare la piattaforma - e il *social* è obbligato a consentirne l'utilizzo - in quanto il *social* può raccogliere e sfruttare i dati personali ».

28 Sottolineano S. Sica e G.G. Codiglione, *Social network sites e il « labirinto delle responsabilità »*, in *Giur. mer.,* fasc. 12, 2012, p. 2714 ss. come il fine perseguito dai SNSs sia quello di garantire agli inserzionisti pubblicitari un flusso sempre più continuo e copioso di utenti registrati, collegati e attivi all'interno della piattaforma di socializzazione virtuale.

29 Sul modo di intendere l'informazione come bene giuridico, P. Perlingieri, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, pp. 329, 338, 339 e 342, secondo il quale, in questa direzione, non è più condivisibile l'idea di una tutela esclusivamente indiretta dell'informazione in quanto a protezione di interessi di ben più ampia portata (segreto epistolare, professionale, industriale, riservatezza, opere dell'ingegno), bensì può essere anche diretta quando l'interesse da proteggere è l'informazione in sé quale bene giuridico

riguardo, esiste un dibattito che vede contrapposte le posizioni di chi, da una parte, considera la *privacy*, quale diritto fondamentale, diritto della personalità indisponibile, quindi non negoziabile e chi, invece, lo attrae nella sfera proprietaria, avanzando l'ipotesi dello sfruttamento commerciale delle informazioni personali come beni immateriali disponibili e, di conseguenza, negoziabili.

Secondo questi Autori, al momento della registrazione dell'utente, verrebbe ad innescarsi un processo di « patrimonializzazione » dell'individuo, di trasformazione dell'utente in un'entità di rilevanza economica, impiegata dai gestori per fini commerciali.

In sostanza, la persona « digitalizzata e registrata » rispetto ai propri dati sensibili diviene essa stessa moneta di scambio nella comunità virtuale[30].

Partendo da queste ultime considerazioni e facendo riferimento ad una serie di dati normativi, non sembra irragionevole ipotizzare di attribuire al gestore di *social network* la qualifica di prestatore di servizio della società dell'informazione, la cui definizione è contenuta nella Direttiva 2000/31/CE e poi riprodotta nel Decreto attuativo n. 70/2003.

Per servizi della società dell'informazione si intendono le attività svolte *on line* nonché qualsiasi servizio dell'informazione, cioè qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica, a richiesta individuale di un destinatario di servizi. Il prestatore di servizi è la persona fisica o giuridica che presta un servizio della società dell'informazione.

E infatti, l'art. 9 della Dichiarazione dei diritti e delle responsabilità, rubricato "Informazioni su pubblicità e altri contenuti commerciali pubblicati o supportati da *Facebook*", statuisce, a chiare lettere, che l'obiettivo del *social* consiste nel fornire agli utenti pubblicità ed altri contenuti commerciali e che, per realizzare tale obiettivo, l'utente, sebbene quasi sempre inconsapevolmente, attribuisce al gestore l'autorizzazione ad utilizzare il proprio nome, la propria immagine del profilo e qualsiasi altra informazione a lui relativa per fini commerciali, senza ricevere alcun compenso.

Ciò significa che *Facebook* può vendere i dati personali dei propri clienti a marchi e aziende interessate a conoscere i profili di potenziali acquirenti.

In altri termini, dietro l'apparente gratuità del servizio fornito all'u-

e quindi « punto di riferimento e contenuto di situazioni soggettive » purché l'informazione abbia una utilità socialmente apprezzabile e ad un tempo trovi nell'ordinamento, nella sua unitarietà, una valutazione in termini di meritevolezza. Sul concetto di bene in tale prospettiva anche A. Iannelli, *Stato della persona e atti dello stato civile*, Camerino-Napoli, 1984, p. 62, il quale precisa che il bene « non è la cosa suscettibile di sfruttamento economico, bensì l'entità idonea a essere punto di riferimento oggettivo di interessi (economici o esistenziali) ritenuti meritevoli di tutela per l'ordinamento ».

30 Cfr. S. Sica e G.G. Codiglione, *Social network sites e il «labirinto delle responsabilità», op. cit.*, p. 2715.

tente, si nasconde un interesse patrimoniale, un vantaggio, apprezzabile in termini economici, perseguito dal gestore grazie al collegamento negoziale esistente tra il contratto utente - gestore e il contratto gestore – inserzionista.

Esiste dunque un “prezzo da pagare” (che spesso sfugge all’attenzione dell’utente) in cambio del suo accesso gratuito, consistente appunto nella consegna dei propri dati personali, del proprio profilo, il quale può essere alienato secondo le necessità commerciali dell’impresa digitale.

In conclusione, tra quelle esaminate, risulta preferibile la tesi che qualifica il contratto di *social network* come contratto di scambio di godimento di beni immateriali (dati personali - uso della piattaforma), posto che il diritto di utilizzare la piattaforma è concesso all’utente in funzione della raccolta e dello sfruttamento dei suoi dati personali da parte del *social*[31]. La conclusione raggiunta permette di affrontare correttamente la questione, già discussa nelle aule giudiziarie, della responsabilità del gestore nell’ipotesi di commissione di illeciti da parte degli utenti, per mezzo del *social*, a danno di terzi.

4 Illeciti commessi dagli utenti per mezzo del social a danno di terzi (utenti e non)

La grande facilità e velocità di circolazione e diffusione dei dati in rete, la tendenza alla loro condivisione con cerchie estese di altri utenti e soggetti (potenzialmente in ogni parte del mondo) rende elevato il rischio di tracimazione dei contenuti inseriti nei *social*. Quest’ultimi, infatti, possono essere sottratti alla disponibilità del loro autore mediante il meccanismo della condivisione, che consente di copiare e riprodurre infinite volte il contenuto – fotografia, video, messaggio – pubblicato all’interno di bacheche o profili altrui. Risulta, quindi, evidente come “l’ambiente *social network*” crei e manifesti nuove e specifiche occasioni di comportamenti lesivi degli interessi e diritti altrui, compresi i diritti fondamentali.

Il fenomeno ha sollevato delicati problemi di natura giuridica relativi al duplice ruolo che può essere assunto dall’utente quale autore e vittima di illeciti commessi per mezzo del *social*, nonché sull’eventuale responsabilità civile del gestore del *social network*.

Tali questioni sono state affrontate nell’ambito di due pronunce di merito di giudici civili italiani. La prima sentenza risale al 2010 ed è stata emessa dal Tribunale di Monza, relativamente ad un caso di diffamazione a mezzo *Facebook*.

Si tratta della prima pronuncia in Italia che si è occupata direttamente

31 Cfr. C. Perlingieri, *Profili civilistici dei social networks*, *op. cit.*, p. 90 ss.

della rilevanza giuridica di *Facebook* rispetto al risarcimento civilistico del danno extracontrattuale per lesione della reputazione[32]. La vicenda in esame riguardava una giovane donna, affetta da una particolare forma di strabismo, che, intrapresa sul *social network Facebook* una relazione sentimentale con un ragazzo, vedeva, al termine della stessa, pubblicato sulla piattaforma in questione un messaggio (in particolare, si trattava di un commento ad una foto, quindi ben visibile da altri utenti), con il quale veniva offesa la sua onorabilità, non solo in relazione alla sua malattia, ma anche alla sua sfera sessuale.

Con questa pronuncia, il Tribunale di Monza ha stabilito che colui che lede la reputazione, l'onore o il decoro di una persona mediante l'invio di un messaggio per il tramite del *social network Facebook* è tenuto al risarcimento del danno.

Nella specie, il ragazzo è stato condannato al risarcimento del danno morale soggettivo, inteso come transeunte turbamento dello stato d'animo della vittima del fatto illecito, ossia come insieme delle sofferenze inflitte alla danneggiata dall'evento dannoso, al di là della rilevanza penalistica del fatto.

Con riferimento, invece, al diverso problema relativo alla sussistenza di una responsabilità diretta del gestore per questo tipo di illeciti, occorre, innanzitutto ricordare come proprio il dibattito in ordine all'opportunità di rendere responsabili i fornitori dei servizi di rete per gli illeciti commessi dai propri utenti abbia rappresentato uno dei punti di maggiore criticità nel processo che ha portato all'emanazione della Direttiva 2000/31/CE in materia di servizi della società dell'informazione, tra i quali il commercio elettronico. La scelta risultante dalla normativa europea ha disegnato quel regime di responsabilità degli ISP formato dagli artt. 12, 13 e 14 della direttiva, in combinazione col principio di cui all'art. 15, che prevede l'assenza di un obbligo generale di sorveglianza sui dati trasmessi e memorizzati, nonché l'assenza di un obbligo generale di ricerca attiva di contenuti illeciti.[33] Il regime risultante dagli artt. 12 – 15 della direttiva e 14 – 17 del decreto interno di recepimento (d.lgs. n. 70/2003) risulta, dunque, ispirato al bilanciamento tra l'esigenza di incentivare l'ingresso sul nuovo mercato digitale di soggetti (gli ISP) ritenuti indispensabili per lo sviluppo della rete in un'ottica concorrenziale e quella di evitare che un totale esonero

32 Trib. Monza, 2 marzo 2010, in *Dir. inform.*, 2010, p. 1248 ss., con nota di V. Pignata, che afferma il principio in base al quale « l'utente di *social network* che sia destinatario di un messaggio lesivo della propria reputazione, onore, decoro, ha diritto al risarcimento del danno morale o non patrimoniale da porre a carico dell'autore del messaggio medesimo ».

33 Sul principio generale dell'assenza di un obbligo generale di sorveglianza, si veda G. Pino, *Assenza di un obbligo generale di sorveglianza a carico degli Internet service providers sui contenuti immessi da terzi in rete*, in *Danno e resp.*, 2004, p. 834 ss.; A. Pierucci, *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti della rete*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 161 ss.

di responsabilità nelle situazioni lesive di diritti dei terzi possa provocare un deficit di tutela risarcitoria dei danneggiati[34].

L'interesse rispetto ai presupposti applicativi delle esenzioni di responsabilità per gli *hosting providers* è aumentato in ragione del mutamento dell'oggetto dei servizi forniti da tali soggetti e della diffusione di enormi aggregatori di contenuti, continuamente alimentati dall'*uploading* degli utenti (i c.d. *user generated content*, come, ad esempio, *Facebook*), rispetto ai quali i *providers* svolgono un'opera di intervento attivo e conformazione, suscitando dubbi circa la possibile perdita di neutralità nel loro operato, con conseguente sottrazione al regime privilegiato di esonero da responsabilità.

Per meglio comprendere la natura della questione, risulta opportuno esaminare la pronuncia del Tribunale Napoli Nord sul caso Tiziana Cantone[35].

La vicenda in esame riguardava una giovane donna, morta per suicidio a 31 anni, dopo la diffusione sul *social network Facebook*, a sua insaputa, di video hard che la ritraevano. La stessa aveva presentato ricorso d'urgenza ai sensi dell'art. 700 c.p.c. al Tribunale Napoli Nord, il quale aveva accolto la domanda ordinando "a *Facebook* l'immediata cessazione e rimozione dalla piattaforma del *social* di ogni post o pubblicazione contenente immagini (foto e/o video) o apprezzamenti riferiti specificatamente alla persona della ricorrente".

Contro l'ordinanza in questione, *Facebook* proponeva reclamo portando il giudice civile a pronunciarsi nuovamente in ordine alla responsabilità civile del gestore del *social*. L'ordinanza emessa dal Tribunale Napoli Nord accoglieva parzialmente il reclamo proposto da *Facebook*, volto a chiedere la riforma del precedente provvedimento per intervenuta cessazione della materia del contendere, in quanto si diceva che, nel momento di emissione del primo provvedimento da parte dell'autorità giudiziaria, nessuno dei contenuti pubblicati sul servizio *Facebook*, come identificati dalla ricorrente, era illecito, o, comunque, accessibile sul servizio. Inoltre, *Facebook* chiedeva l'accertamento dell'inesistenza dell'obbligo di rimozione dei contenuti individuati nel ricorso introduttivo in difetto di preventivo ordine emesso dalle autorità competenti ex art. 16 d.lgs. n. 70/2003 ed, infine, veniva contestata l'omessa indicazione da parte del ricorrente dei contenuti illeciti da rimuovere (ossia gli URL idonei ad identificare le pagine del servizio contenenti i post o le pubblicazioni specificatamente riferiti alla persona della ricorrente), non avendo, diversamente, alcun obbligo

34 Così, L. Bugiolacchi, *I presupposti dell'obbligo di rimozione dei contenuti da parte dell'hosting provider tra interpretazione giurisprudenziale e dettato normativo*, in *Resp. civ. prev.*, fasc. 2, 2017, p. 536 ss.

35 Trib. Napoli Nord, 3 novembre 2016, in *Giur. it.*, fasc. 3, 2017, p. 629 ss., con nota di R. Bocchini, *La responsabilità di Facebook per la mancata rimozione di contenuti illeciti*.

di sorveglianza o identificazione attiva dei contenuti illeciti. La questione centrale nella vicenda sottoposta ai giudici napoletani ruota essenzialmente intorno all'esatta interpretazione da attribuire alle due lettere (*a)* e *b)* dell'art. 16 del d.lgs. 70/2003 (rubricato Responsabilità nell'attività di memorizzazione di informazioni – *hosting*[36]), che ricalca pedissequamente l'art. 14 della direttiva, salva l'introduzione, nella lett. *b)*, dell'inciso « su comunicazione delle autorità competenti », in virtù del quale il legislatore pare espressamente prendere posizione sulla necessità di una « ufficializzazione » della conoscenza attraverso la sua formalizzazione da parte di non meglio definite « autorità competenti »[37]. Ne consegue che, attenendosi ad una lettura che fa leva esclusivamente sul dato letterale, il fornitore di *hosting* sarebbe tenuto a procedere tempestivamente alla rimozione del contenuto soltanto laddove la *notice* della manifesta illiceità gli pervenga dalle sopra dette autorità, introducendo un concetto di conoscenza « qualificata » quale presupposto necessario dell'obbligo di attivazione del *provider*. Tuttavia, sin dalle prime applicazioni dell'art. 16 del d.lgs. n. 70/2003, la giurisprudenza si è diversamente orientata, ritenendo sufficiente la conoscenza, comunque ottenuta, da parte del *provider*, a far sorgere nello stesso l'obbligo di rimozione dei contenuti[38]. In sostanza, i provvedimenti che effettuano una tale opzione interpretativa ritengono che la conoscenza da parte del *provider* ben possa essere rappresentata da una diffida da parte di chi assuma di essere titolare del diritto leso.

Tale interpretazione trova il suo presupposto nel riconoscimento del regime di responsabilità dell'*hosting* come articolato in due fattispecie distinte (lett. *a)* e *b)* dell'art. 16). Utilizzando l'argomento *a contrario*, la giurisprudenza afferma che sarebbe stato del tutto inutile prevedere un'autonoma ipotesi di irresponsabilità connessa semplicemente alla non effettiva conoscenza dell'illiceità del contenuto se si fosse voluto ritenere che l'obbligo successivo di rimozione nascesse solo in seguito a un ordine della pubblica autorità. Ed è questa una delle argomentazioni utilizzate dal Tribunale Napoli Nord per affermare la sufficienza di una segnalazione stragiudiziale a far scattare in capo al *provider* l'obbligo di rimozione dei

36 L'art. 16 stabilisce, infatti, l'esenzione da responsabilità a meno che l'ISP a) non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita; b) non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso.

37 Cfr. G.M. Riccio, *La responsabilità degli Internet providers nel d.lgs. n. 70/2003*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 1162 ss.

38 In questo senso, Trib. Catania, 29 giugno 2004, in *Resp. civ. prev.,* 2005, p. 188 ss., con nota di L. Bugiolacchi, *La responsabilità dell'host provider alla luce del d.lgs. n. 70 del 2003: esegesi si una disciplina "dimezzata".*

Nel medesimo senso, Trib. Bari, 13 giugno 2006, in *Dir. internet*, 2006, p. 563 ss; Trib. Trani, 14 ottobre 2008, in *Danno e resp.,* 2009, p. 1059 ss.; Trib. Roma, 22 gennaio 2010, inedita; Trib. Roma, 6 maggio 2016, inedita.

contenuti. Conclusione che, secondo i giudici, risulterebbe confermata dal tenore letterale dell'art. 17, il quale, nel sancire l'assenza di un obbligo generale di ricercare "attivamente" fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite, induce a ritenere che un obbligo di tal genere sussista a fronte di una circostanza acquisita "passivamente" (ossia a seguito di specifica denuncia o segnalazione proveniente da terzi soggetti). Il Tribunale, poi, fa leva sulla natura degli interessi in gioco: venendo in rilievo diritti della personalità (immagine, decoro, reputazione, riservatezza), appare irrazionale dover attendere un ordine dell'autorità che potrebbe intervenire quando ormai i diritti in questione sono irrimediabilmente pregiudicati e non più suscettibili di reintegrazione. In merito a quest'ultimo aspetto, vi è chi ritiene che esso possa fungere da coordinata ermeneutica idonea a tracciare un'*actio finium regondorum* nello stabilire la possibilità per il *provider* di agire in autotutela contro l'autore dell'illecito anche a prescindere da un ordine dell'autorità[39].

Il Tribunale completa, poi, il suo percorso argomentativo citando la giurisprudenza di merito già espressasi in fattispecie analoghe, la quale si è resa artefice della creazione di una nuova figura soggettiva di *provider* non prevista né dalla Direttiva, né dal Decreto attuativo e individuata con l'espressione *hosting* "attivo", che fa leva sulla precisazione operata dal Considerando 42 della Direttiva 2000/31/CE[40] secondo cui le esenzioni di responsabilità per i contenuti dei terzi possono riguardare solo l'ISP la cui attività è di ordine meramente tecnico. La figura è emersa in relazione alla peculiare attività svolta da taluni *provider*, i quali non risultano essere completamente neutrali rispetto all'organizzazione e alla gestione dei contenuti immessi dagli utenti.

Infatti, come messo in evidenza anche nei paragrafi precedenti, i *social network* svolgono attività quali l'indicizzazione di contenuti, la selezione, l'organizzazione ed il filtraggio degli stessi, nonché la raccolta pubblicitaria.

Per tali ragioni, la più recente giurisprudenza afferma, in termini differenziali, che il *provider* attivo non andrà soggetto al regime di responsa-

39 Cfr. R. Bocchini, *La responsabilità di Facebook per la mancata rimozione di contenuti illeciti*, in *Giur. it.*, fasc. 3, 2017, p. 637, il quale sottolinea come sia ben diversa la circostanza che a rischiare la lesione sia un diritto personalissimo da quella che sia un diritto patrimoniale, quale può essere il diritto d'autore, nelle ipotesi in cui la segnalazione sia infondata e si finisca, dunque, per rimuovere un contenuto *aufond* del tutto lecito.

40 Considerando 42 della Direttiva 2000/31/CE: "Le deroghe alla responsabilità stabilita nella presente direttiva riguardano esclusivamente il caso in cui l'attività di prestatore di servizi della società dell'informazione si limiti al processo tecnico di attivare e fornire accesso ad una rete di comunicazione sulla quale sono trasmesse o temporaneamente memorizzate le informazioni messe a disposizione da terzi al solo scopo di rendere più efficiente la trasmissione. Siffatta attività è di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, il che implica che il prestatore di servizi della società dell'informazione non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate".

bilità previsto dal d.lgs. n. 70/2003, bensì alle ordinarie norme di responsabilità civile (art. 2043 e ss. c.c.), con la conseguenza che, in termini di ripartizione dell'onere probatorio circa la conoscenza dell'illecito da parte dell'intermediario, graverà sul danneggiato l'onere di provare gli elementi costitutivi dell'illecito, di cui il convenuto potrà dar prova contraria.

In conclusione, dalle motivazioni delle due pronunce esaminate emerge chiaramente la qualificazione in chiave aquiliana della responsabilità del *provider* rispetto agli illeciti commessi dagli utenti a danno di terzi sfruttando la piattaforma.

A questo riguardo, appare utile ricordare come proprio al fine di esimersi da qualsiasi responsabilità di questa natura, i gestori introducano nelle Condizioni generali di contratto clausole di manleva[41], vincolando solo l'utente a sostenere i costi del risarcimento[42]. Ebbene, tale disciplina, limitativa della responsabilità del gestore, non risulta condivisibile alla luce delle suesposte considerazioni effettuate in merito alla natura del contratto stipulato tra l'utente e *Facebook*.

Se è vero che il diritto di utilizzare la piattaforma è concesso all'utente in funzione della raccolta e dello sfruttamento dei suoi dati personali, allora sembra eccessivo far gravare solo su tale soggetto il peso economico del danno eventualmente cagionato, dovendosi, invece, ipotizzare un concorso di responsabilità dell'intermediario (responsabilità solidale dell'intermediario con l'utente finale del servizio)[43], la quale peraltro risulterebbe utile, sotto il profilo pratico, soprattutto nei casi in cui il responsabile immediato dell'illecito non sia effettivamente identificabile, rintracciabile o comunque solvibile, sicché un'azione nei suoi confronti risulterebbe priva di qualsiasi utilità.

41 Art. 15, co. 3, recita: « *Facebook* non è responsabile delle azioni, dei contenuti, delle informazioni o dei dati di terzi, pertanto noi, i nostri direttori, funzionari, dipendenti e agenti siamo sollevati da qualsiasi reclamo o danno, noto o sconosciuto, derivante o relativo a eventuali lamentale indirizzate contro detti terzi ».

42 Art. 15, co. 2, recita: « Nel caso in cui dovessero sorgere dei reclami nei nostri confronti relativi alle azioni, ai contenuti o alle informazioni dell'utente su *Facebook*, l'utente si impegna a manlevare e tenere indenne *Facebook* da e contro qualsiasi danno, perdita o spesa di altro tipo (compresi le spese e i costi ragionevoli) derivante da tale reclamo.

43 Cfr. R. Bocchini, *La responsabilità di Facebook per la mancata rimozione di contenuti illeciti*, *op. cit.*, p. 640 ss., il quale ricostruisce la fattispecie in questione come un illecito plurisoggettivo eventuale a formazione progressiva. L'Autore sottolinea come la peculiarità dell'illecito in questione risieda nel fatto che la condotta omissiva dell'intermediario si inserisca su un illecito già realizzato dal terzo destinatario del servizio, concretandosi, quindi, in un concorso successivo, sostanzialmente doloso, nell'illecito commesso dall'utente, con conseguente applicazione dell'art. 2055 c.c. (responsabilità solidale dell'intermediario con l'utente finale del servizio).

5 Conclusioni

"La grande trasformazione tecnologica muta i rapporti personali e sociali e incide sull'antropologia stessa delle persone[44]". Queste parole, pronunciate da Rodotà nel 2006 ben mettono in luce, anche in relazione al fenomeno *social network*, l'intensità della sua penetrazione nella società contemporanea e le sue conseguenze in termini di rilevanti cambiamenti nei comportamenti collettivi e individuali. Non esistono più barriere tra la vita digitale e quella reale: quello che succede *online* sempre più spesso ha impatto fuori da Internet, nella vita di tutti i giorni e nei rapporti con gli altri.

Considerata, quindi, l'incidenza pervasiva di queste "piazze virtuali" nei nostri rapporti sociali, risulta necessario aumentare la consapevolezza degli utenti in rete e offrire loro adeguati strumenti di tutela. A riguardo, appare opportuno menzionare la Dichiarazione dei diritti in Internet, adottata, il 28 luglio 2015, dalla Commissione per i diritti e i doveri relativi ad Internet, istituita presso la Camera dei deputati, che, all'art. 12, rubricato "Diritti e garanzie delle persone sulle piattaforme[45]", si preoccupa di assicurare il diritto di ogni persona di ricevere informazioni sul funzionamento della piattaforma, stabilendo l'obbligo di lealtà e correttezza dei responsabili delle piattaforme digitali nei confronti di utenti, fornitori e concorrenti. Ebbene, tale disposizione mette in luce un dato importante: all'assenza di obblighi di prestazione in capo al gestore non fa da contraltare l'assenza di doveri di protezione[46], che, invece, ben possono configurarsi ed estrinsecarsi in obblighi di informazione, di identificazione, di sicurezza e custodia, nonché in puntuali obblighi comunicativi, di controllo, di vigilan-

44 Così S. Rodotà, *Una costituzione per Internet*, in *Pol. dir.*, 2010, p. 337 ss.

45 Art. 12, Dichiarazione dei diritti in Internet, *Diritti e garanzie delle persone sulle piattaforme*: 1. I responsabili delle piattaforme digitali sono tenuti a comportarsi con lealtà e correttezza nei confronti di utenti, fornitori e concorrenti. 2. Ogni persona ha il diritto di ricevere informazioni chiare e semplificate sul funzionamento della piattaforma, a non veder modificate in modo arbitrario le condizioni contrattuali, a non subire comportamenti che possono determinare difficoltà o discriminazioni nell'accesso. Ogni persona deve in ogni caso essere informata del mutamento delle condizioni contrattuali. In questo caso ha diritto di interrompere il rapporto, di avere copia dei dati che la riguardano in forma interoperabile, di ottenere la cancellazione dalla piattaforma dei dati che la riguardano. 3. Le piattaforme che operano in Internet, qualora si presentino come servizi essenziali per la vita e l'attività delle persone, assicurano, anche nel rispetto del principio di concorrenza, condizioni per una adeguata interoperabilità, in presenza di parità di condizioni contrattuali, delle loro principali tecnologie, funzioni e dati verso altre piattaforme.

46 In merito ai doveri di protezione, riducendo i richiami all'essenziale, si veda C. Castronovo, *Obblighi di protezione* (voce), in *Enc. Giur.*, XXI, Roma, 1990, p. 4 ss.; F. Benatti, *Doveri di protezione,* in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., VII, Torino, 1991, p. 221 ss.; L. Lambo, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007, p. 20 ss.; A. Nicolussi, *Obblighi di protezione* (voce), in *Enc. del dir.*, Annali, 2015, p. 659 ss.

za e rimozione. Si tratterebbe di obblighi posti *ex lege* in capo al gestore della piattaforma, in quanto soggetto dotato di particolari conoscenze e competenze tecnico-professionali, la cui violazione determinerebbe il sorgere di una responsabilità a suo carico, che andrebbe a sommarsi a quella dell'autore materiale dell'illecito.

Sullo sfondo della problematica esaminata si pone una questione di grande rilievo: la costruzione dell'identità personale nell'ambiente *social network*.

Nella dimensione tecnologica l'identità sembra dilatarsi.

Risulta "dispersa", considerato che le informazioni riguardanti la stessa persona sono contenute in banche dati diverse e l'intervento di terzi, nella costruzione della stessa, assume un peso sempre crescente.

Nel paragrafo dedicato all'analisi delle Condizioni contrattuali unilateralmente predisposte si è menzionato il problema relativo alla raccolta e al trattamento dei dati dell'utente (dati personali e sensibili) in assenza di espresso consenso relativamente all'uso che ne viene fatto[47].

Questo determina il sorgere di un importante interrogativo: far parte di una rete sociale porta con sé un consenso implicito alla raccolta dei dati immessi o continua ad operare il principio di finalità (secondo il quale i dati, anche se disponibili, possono essere utilizzati solo in modo conforme alle ragioni per cui l'interessato li ha resi pubblici)[48]? Messo da parte il principio di finalità, infatti, si corre il rischio di trovarsi di fronte a forme di raccolta di dati "dinamiche", continuamente produttive di effetti senza bi-

47 In particolare, in relazione al fenomeno del « *webtracking* », consistente nell'analisi del comportamento degli utenti Internet a fini commerciali e di marketing, realizzato osservando le abitudini di navigazione degli utenti, di regola, attraverso l'uso di file di controllo, c.d. *cookie*, al fine di inviare messaggi pubblicitari che corrispondano alle preferenze dell'utente destinatario, risultano particolarmente interessanti le conclusioni dell'Avvocato generale Yves Bot, presentate il 24 ottobre 2017, nella causa C-210/16, relativamente ad un provvedimento emesso dall'Autorità di vigilanza per la protezione dei dati tedesca nei confronti di un operatore economico (società tedesca che offre servizi di formazione attraverso una *fanpage* gestita sul *social network Facebook*), cui si richiedeva la disattivazione della *fanpage* per violazione delle disposizioni tedesche di recepimento della direttiva 95/46/CE, alla luce del fatto che gli utenti della *fanpage* non erano stati informati della raccolta dei loro dati personali da parte di *Facebook*, al fine di realizzare statistiche e diffondere pubblicità mirate. Contrariamente a quanto deciso dalle Corti interne (tedesche), l'Avvocato generale considera l'operatore economico (gestore della *fanpage*) corresponsabile del trattamento, consistente nella raccolta dei dati personali da parte di *Facebook*, ritenendo che la nozione di responsabile del trattamento vada intesa in senso funzionale, come esercizio di un'influenza di fatto sugli strumenti e sulle finalità del trattamento dei dati. Di conseguenza, sostiene l'Avvocato generale, pur non essendo il gestore della *fanpage* l'ideatore dello strumento di raccolta dati, facendovi ricorso tramite *Facebook*, partecipa comunque alla determinazione delle finalità e degli strumenti di trattamento cui sono sottoposti gli utenti della sua pagina e non può, quindi, sottrarsi a responsabilità nel caso di violazione della suddetta normativa.

48 Interrogativo acutamente sollevato da S. Rodotà, *Uomini e macchine*, in *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012, p. 312 ss.

sogno di mediazioni. Ed ecco che dinanzi a questi sistemi automatizzati di elaborazione delle informazioni, l'autodeterminazione del singolo diventa irrilevante, sottraendogli qualsiasi autonomia nella costruzione della propria identità. E allora, come efficacemente messo in evidenza da Rodotà, risulta utile restituire un ruolo centrale al principio di finalità evitando, in tal modo, che dati personali resi pubblici per la sola finalità di stabilire rapporti sociali vengano resi accessibili e trattati per finalità diverse, come quelle legate alla logica di mercato o a diverse forme di controllo[49].

49 Cfr. S. Rodotà, *Uomini e macchine*, *op. cit.*, p. 333.

Ricerche giuridiche e-ISSN 2281-6100
Vol. 6 – Num. 1 – Giugno 2017

L'invalidità del *Safe Harbor* Agreement
Nuovi scenari per la tutela della *privacy* nell'ambito del trasferimento transfrontaliero dei dati

Fabiana Accardo
(Dottoranda di ricerca in Diritto, mercato e persona nell'Università Ca' Foscari Venezia)

Abstract The purpose of this article is that to explain the impact of the landmark decision *Schrems* c. Data Protection Commissioner *[Ireland]* - delivered on 7 October 2015 (Case C-362/2014 EU) by the Court of Justice - on the European scenario. Starting from a brief analysis of the major outcomes originated from the pronunciation of the Court of Justice, it then tries to study the level of criticality that the *Safe Harbor* Agreement and the subsequently adequacy Commission decision 2000/520/EC – that has been invalidated with *Schrems* judgment – have provoked before this pronunciation on the matter of safeguarding personal *privacy* of european citizens when their personal data are transferred outside the European Union, in particular the reference is at the US context. Moreover it focuses on the most important aspects of the new EU-US agreement called *Privacy Shield*: it can be really considered the safest solution for data sharing in the light of the closer implementation of the Regulation (EU) 2016/679, which will take the place of the Directive 95 /46/CE on the EU data protection law?

Keywords *Schrems* judgement. EU protection data law. *Privacy Shield*. Regulation (EU) 2016/679.

1 Brevi cenni sulla sentenza *Schrems c. Data Protection Commissioner [Ireland]*

La nota sentenza *Schrems*[1] ha costituito un importante tassello nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea con riferimento alla tutela transnazionale dei dati personali.

1 Corte Giust. UE, 7 ottobre 2015, in causa C-362/2014, *Maximilian Schrems c. Data Protection Commissioner [Ireland]*.

DOI 10.30687/Rg/2281-6100/2018/01/007
Submitted: 2017-12-01 | Accepted: 2018-04-16

La vicenda è stata affrontata da gran parte della dottrina giuridica[2] e trae origine dal ricorso presentato da parte un cittadino austriaco, Maximilian Schrems avanti l'Autorità garante dei dati personali irlandese: in particolare si lamentava l'assenza dell'adeguata protezione dei propri dati da parte del *social network Facebook* – a cui era iscritto da diversi anni – nel trasferimento di suddetti dati verso il territorio degli Stati Uniti, dove la società *Facebook Inc.* ha sede e dove gli stessi sono oggetto di trattamento[3]. Il signor Maximilian *Schrems* chiedeva, dunque, l'intervento dell'Autorità al fine di verificare la correttezza di tali trasferimenti transnazionali, e se del caso, vietarli.

La questione sollevata era problematica e di lì a poco avrebbe destato un forte interesse, con rilevanti conseguenze nella gestione dei rapporti tra Unione Europea e Stati Uniti. La richiesta del signor *Schrems* veniva respinta dal Garante della Privacy irlandese, poiché riteneva di non avere la competenza per esaminare la richiesta del ricorrente, considerata la presenza di una decisione della Commissione[4] in cui si stabiliva l'adeguatezza del sistema statunitense dei *Safe Harbour Principles* – c.d. "approdo sicuro" – alla luce dell'art 25, par. 6 della direttiva 95/46/CE[5].

Il signor *Schrems* adiva, successivamente, l'autorità giudiziaria irlan-

2 Tra i più, affrontano il tema approfondendo la questione fattuale e i profili legati alle conseguenze derivanti dalla pronuncia della Corte di Giustizia: A. Giattini, *La tutela dei dati personali davanti alla Corte di giustizia UE: il caso Schrems e l'invalidità del sistema di "approdo sicuro", in Diritti umani e diritto internazionale,* vol. 10, n. 1, 2016 pp. 247- 254; P. Piroddi, *I trasferimenti di dati personali verso Paesi terzi dopo la sentenza Schrems e nel nuovo regolamento generale sulla protezione dei dati*, in *La protezione transnazionale dei dati personali. Dai "Safe Harbour Principles" al "Privacy Shield"*, G. Resta, V. Zeno Zencovich (a cura di), 2016; S. Sica, V. D'Antonio, *Verso il Privacy Shield: il tramonto dei Safe Harbour Privacy Principles*, in *La protezione transnazionale dei dati personali*, *op. cit.*, pp. 137-167.

3 Come meglio specifica la Corte di Giustizia nella sentenza al punto 27: "Chiunque risieda nel territorio dell'Unione e desideri utilizzare *Facebook* è tenuto, al momento della sua iscrizione, a sottoscrivere un contratto con *Facebook Ireland*, una controllata di *Facebook Inc.*, situata, da parte sua, negli Stati Uniti. I dati personali degli utenti di *Facebook* residenti nel territorio dell'Unione vengono trasferiti, in tutto o in parte, su server di *Facebook Inc.* ubicati nel territorio degli Stati Uniti, ove essi sono oggetto di trattamento". Ciò spiega la ragione per cui il ricorrente si è rivolto, in primo luogo, al Garante della Privacy irlandese al fine di tutelare i diritti sui propri dati personali.

4 Decisione 2000/520/CE della Commissione, 26 luglio 2000, a norma della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sull'adeguatezza della protezione offerta dai principi di approdo sicuro e dalle relative «Domande più frequenti» (FAQ) in materia di riservatezza pubblicate dal Dipartimento del commercio degli Stati Uniti.

5 La direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, 24 ottobre 1995, disciplinante la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, è stata attualmente abrogata dal nuovo Regolamento UE 2016/679 del Parlamento e del Consiglio, il quale si applicherà a partire dal 25 maggio 2018. Come noto, l'art. 25, par. 1 dell'abrogata direttiva prevede un generale divieto di trasferimento di dati personali verso i paesi terzi, a meno che il paese verso cui il dato deve essere trasferito non garantisca un livello di protezione "adeguato". In questo contesto, la

dese (*High Court*) contro la legittimità della decisione del Garante; nel valutare la questione, la Corte d'Appello riteneva che il Garante della privacy avrebbe dovuto istruire la causa in considerazione delle principi costituzionali della Carta Irlandese[6] e della normativa nazionale relativa alla protezione dei dati[7].

Tuttavia il riferimento al solo diritto nazionale non era sufficiente affinché la Corte adita giudicasse la questione. Ed invero, la materia della tutela dei dati personali era disciplinata dal diritto dell'Unione Europea, in particolare dalla direttiva n. 95/46/CE, alla luce della quale il Garante della *privacy* irlandese aveva respinto la denuncia del ricorrente per «essersi scrupolosamente attenuto alla lettera della direttiva 95/46/CE e della decisione 2000/520/CE»[8], che era vincolante per gli Stati membri.

A fronte di ciò, la *High Court* decideva di sospendere il procedimento per operare un rinvio pregiudiziale, sottoponendo due domande alla Corte di Giustizia: l'una relativa all'interpretazione dell'art. 25, par. 1 e 6, sul criterio di "adeguatezza"[9] della legislazione dello Stato terzo affinché il trasferimento dei dati personali da uno Stato membro dell'Unione risul-

Commissione, attraverso una specifica decisione, può stabilire che lo Stato terzo in questione abbia raggiunto il livello di protezione adeguato.

6 La *High Court* si riferiva, in particolare, alle norme costituzionali quali il rispetto della dignità umana, libertà della persona (preambolo), autonomia personale (articolo 40, paragrafo 3), inviolabilità del domicilio (articolo 40, paragrafo 5) e protezione della vita familiare (articolo 41).

7 Nelle conclusioni dell'Avvocato generale Yves Bot si fa riferimento alla legge sulla protezione dei dati (*Data Protection Act)* del 1988, successivamente modificata dalla legge sulla protezione dei dati del 2003 (*Data Protection Amendment Act*), il cui art. 11, comma 1 disciplina il trasferimento dei dati personali verso Paesi terzi, prevedendo che «il commissario deve risolvere la questione dell'adeguatezza della protezione dei dati nello Stato terzo in conformità ad una constatazione dell'Unione effettuata dalla Commissione [...]. Ne consegue che il commissario non potrebbe discostarsi da una siffatta constatazione. Poiché la Commissione, nella sua decisione 2000/520/CE, ha constatato che gli Stati Uniti garantiscono un livello di protezione adeguato».

8 Conclusioni dell'Avvocato generale Yves Bot, punto 42.

9 Con riguardo al concetto di "adeguatezza", la direttiva 95/46/CE non lo definisce puntualmente, indicando solo in maniera esemplificativa alcune circostanze da valutare nel constatare che il livello di protezione sia adeguato (ci si riferisce, ad esempio, alla natura dei dati, alla finalità del trattamento, o ancora alle norme di diritto vigenti nel paese terzo destinatario del trasferimento). Il c.d. *Article 29 Working Party* (A29/WP ha cercato di dirimere tale incertezza terminologica sostenendo che l'adeguatezza dovesse intendersi, non tanto come sinonimo di "equivalenza", che esige una completezza nella similarità legislativa tra sistemi differenti; quanto piuttosto nel senso di effettiva protezione delle persone fisiche i cui dati sono oggetto di trattamento in un paese terzo. D. Pittella, *Trasferimento verso paesi terzi*, in *La nuova disciplina europea della privacy*, S. Sica, V. D'Antonio, G.M. Riccio (a cura di), Padova, 2016, p. 261 ss. A proposito del concetto di "adeguatezza", discute più nel dettaglio P. Piroddi, *op. cit.*, p. 190 ss.

tasse legittimo, a ciò conseguiva la necessità di interpretare l'art. 28[10] della direttiva e, dunque, se tra le competenze delle Autorità nazionali di controllo vi fosse anche quella di esaminare le domande sul trasferimento di dati personali verso Paesi terzi, pur in presenza di una decisione di adeguatezza della Commissione; l'altra strettamente connessa alla prima domanda pregiudiziale, e consistente nel giudizio relativo all'accertamento della validità della decisione 2000/520/CE.

Anzitutto era, dunque, necessario chiarire se le autorità nazionali di controllo potessero in qualche modo discostarsi dalla suddetta decisione di adeguatezza.

A questo proposito, la Corte premetteva, ai sensi dell'art. 288 TFUE, l'assoluta vincolatività della decisione della Commissione per gli Stati membri, e che – in questi casi – le autorità di controllo nazionali non siano di per sé legittimate a vietare i trasferimenti di dati personali verso i Paesi terzi.

Elaborate tali – e dovute – premesse, la Corte di Lussemburgo affrontava la prima delle due domande sottoposte alla sua attenzione[11], risolvendola alla luce degli artt. 7[12], 8[13] e 47[14] della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: il solo fatto della presenza di una decisione di adeguatezza vincolante non può ostare a che il Garante – investito di una doglianza – esamini le denunce presentate dai cittadini, in quanto in capo allo stesso sussiste "potere-dovere"[15] di indagare se effettivamente il soggetto ricorrente faccia valere che il diritto e la prassi in vigore in quest'ultimo non garantiscono un livello di protezione adeguato[16]. Le autorità di controllo di ciascun Stato membro sono da considerarsi "guardiani"[17] dei diritti individuali e, pertanto, l'effetto vincolante delle decisioni adottate dalla Commissione non può escludere lo svolgimento di indagini su eventuali violazioni dei diritti

10 L'art. 28 della direttiva 95/46/CE disciplina i poteri delle autorità di controllo di ciascun Stato membro.

11 Riferita all'interpretazione degli artt. 25, co. 1, 6, e 28 della direttiva 95/46/CE.

12 L'art. 7 della Carta di Nizza disciplina il rispetto della vita privata e della vita familiare, in cui rientrano anche il domicilio e le comunicazioni.

13 L'art. 8 sancisce, invece, la protezione dei dati di carattere personale, che devono essere trattati secondo un principio di lealtà e finalità determinate o, comunque, in base al consenso dell'interessato o di un fondamento legittimo previsto dalla legge.

14 L'art. 47 prevede il diritto al ricorso effettivo e a un giudice imparziale.

15 Così D. PITTELLA, *op. cit.*, p. 265.

16 Cfr. Corte Giust. UE, 7 ottobre 2015, in causa C-362/2014, *Maximilian Schrems c. Data Protection Commissioner [Ireland]*, punto 66.

17 Così M.L. FLÓRES ROJAS, *Legal implication after Schrems case: are we trading fundamental rights?*, in *Information & Communication Technology Law*, vol. 25, n. 3, 2016, p. 299.

fondamentali, conseguenti ad un possibile trasferimento di dati illegittimo verso un Paese terzo[18].

Una risoluzione di tal tipo, orientata sulla scorta giustificativa del principio di piena indipendenza delle Autorità di controllo nazionali, in osservanza dei poteri di cui è investita ai sensi dell'art. 28 della direttiva è volto a consentire un effettivo esercizio delle funzioni loro attribuite. Il tutto letto alla luce del più ampio quadro normativo fornito dal combinato disposto degli articoli 7, 8 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

La seconda questione – sui *Safe Harbor Principles* – indissolubilmente legata alla prima sarà, invece, analizzata nel proseguo del presente lavoro con l'intento di affrontare alcuni dei profili problematici e le relative conseguenze da essa derivanti nel panorama europeo ed extra-europeo.

2 Le criticità della decisione 2000/520/CE

Con la sentenza *Schrems* è definitivamente crollato il "ponte" transatlantico dei *Safe Harbor Principles*[19], che per lungo tempo aveva operato in favore delle organizzazioni statunitensi e adottato sulla base dell'art. 25, par. 6 della direttiva 95/46/CE[20].

Il sistema delineato voleva regolare i rapporti tra Unione europea – attenta alla tutela e alla protezione dei dati personali dei cittadini appartenenti agli Stati membri[21] – e Stati Uniti, spesso destinatari del trattamento di tali dati da parte delle proprie imprese private e di altre organizzazioni ivi stabilite.

Ed invero, la portata del sistema di tutela dei dati personali in Europa assume tratti molto differenti rispetto a quello statunitense, anzitutto per quel concerne i suoi presupposti. Se negli USA vige un generale principio che permette il trattamento dei dati, a meno che tale operazione non causi un pregiudizio al soggetto interessato o sia limitata da disposizioni

18 In questo senso si esprime l'Avvocato generale Yves Bot nelle sue conclusioni al caso *Schrems*, punto 85.

19 Il *Safe Harbor Agreement* – elaborato dal *U.S. Departement of Commerce* il 21 luglio del 2000 – è stato adottato dalla Commissione con decisione di adeguatezza 2000/520/CE.

20 Così S. Sica, V. D'Antonio, *op. cit.*, p. 139.

21 Per approfondire il profilo delle tutele offerte nella Carta europea dei diritti fondamentali, con particolare riferimento al caso *Schrems* e al percorso argomentativo seguito dalla Corte di Giustizia a tal fine, si rinvia a G. Finocchiaro, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di dati personali, in La protezione transnazionale dei dati personali*, *op. cit.*, p. 117 ss., con particolare riferimento ai § 2, 2.1; O. Pollicino – M. Bassini, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel reasoning dei giudici di Lussemburgo*, in *La protezione transnazionale dei dati*, *op. cit.*, p. 73 e ss.

regolamentari; in UE il presupposto prevede, all'opposto, un divieto generale di trattamento dei dati a meno che non sussistano basi legali che lo consentano.

Varia anche la definizione concettuale di "dato personale" che nel panorama europeo è rappresentato da qualsiasi informazione che riguarda una persona fisica identificata o identificabile[22], mentre la regolamentazione statunitense tutela quelle informazioni di soggetti già identificati, lasciando dunque privi di tutela i soggetti interessati, nel caso in cui la persona sia anche identificabile tramite i sempre più intrusivi meccanismi di profilazione[23].

Inoltre, differiscono anche i limiti legati all'autonomia contrattuale sulla protezione dei dati personali, poiché nel panorama statunitense sono presenti dei meccanismi per fissare standard di protezione dei dati, che consentono un ampio grado di manovra – tramite lo strumento contrattuale – per superare gli interessi alla riservatezza dei dati personali; diversamente nell'ambito dell'Unione non è possibile derogare agli obblighi previsti dalla direttiva sulla tutela dei dati, laddove ciò restringa i diritti fondamentali fissati dalla stessa, per cui un'eventuale deroga al trattamento dei dati può avvenire solo sulla base delle sue disposizioni[24].

Infine, nella lista degli elementi di diversità tra il sistema statunitense e quello tratteggiato in ambito europeo, occorre sottolineare la differenza rispetto al controllo sulla tutela dei dati: in Europa è prevista la presenza di Autorità nazionali di controllo indipendenti, a cui sono affidati ampi poteri per implementare la disciplina europea prevista dalla direttiva e applicare le normative sulla protezione dei dati personali; negli Stati Uniti tale funzione è, invece, delegata alla *Federal Trade Commission* (FTC)[25], che condivide alcuni dei poteri utilizzati dalle Autorità nazionali europee, ma a differenza di queste ultime, non ha una giurisdizione estesa nei confronti di tutte le imprese statunitensi. Da ciò consegue una più limitata capacità di *enforcement* dei poteri della FTC, circoscritti sostanzialmente

22 Cfr. art. 2, co. 1, lett. *a)* della direttiva 95/46/CE.

23 Cfr. M. L. Flórez Rojas, *op. cit.*, p. 294.

24 Ad esempio con rifermento al trasferimento transnazionale dei dati è la direttiva 95/46/CE che all'art. 26, par. 1, fissa le deroghe consentite nel caso in cui il trasferimento dei dati personali non garantisca il livello adeguato ai sensi dell'articolo precedente.

25 Si tratta dell'Autorità indipendente fondata dal *Federal Commission Trade Act*, con il principale scopo di promuovere la protezione dei consumatori, eliminare e prevenire le pratiche commerciali scorrette. È competente nella repressione degli abusi che potrebbero influenzare la scelta del consumatore, affettandone la capacità nell'espressione della stessa. Nell'ambito della propria competenza, indaga sulle false dichiarazioni di adesione a *Safe Harbor* sulla non osservanza dei principi da parte di imprese che ne sono membri. In particolare, nello specifico caso di applicazione dei principi nei confronti di vettori aerei, l'organismo competente è il *Department of Transportation*, http://www.agcm.it/resto-del-mondo-e-icn/normativa-a-tutela-del-consumatore-in-europa-e-usa.html.

al solo ambito di linee guida sulle corrette pratiche di informazione sulla protezione della *privacy*.

L'obiettivo dell'accordo UE-US era, dunque, adeguare il frammentato scenario normativo statunitense, caratterizzato principalmente da un approccio settoriale proveniente da differenti fonti di tipo federale, statale e autoregolamentare, alle disposizioni presenti nel più unitario e ordinato panorama europeo, la cui regolamentazione – come anticipato – è più articolata e garantista.

Pertanto, si tentava di diminuire l'incertezza sulla sicurezza del trasferimento e trattamento dei dati personali dall'Europa verso gli Stati Uniti e al tempo stesso incoraggiare, sviluppare, promuovere il commercio internazionale tra i due Paesi.

La decisione di adeguatezza della Commissione 2000/520/CE prevedeva una serie di principi generali - già dettagliatamente e ampiamente affrontati in innumerevoli contributi sul tema[26]– e completati attraverso una serie di c.d. *Frequently Asked Questions and Aswers* (FAQ), che si ponevano quale strumento integrativo a fini applicativi e interpretativi dei principi[27].

La struttura così elaborata ha da sempre destato una serie di critiche, dovute a rilevanti limiti oggettivi riscontrati nella prassi applicativa del *Safe Harbor*. Criticità che sono state dettagliatamente esaminate dalla Corte di Giustizia e che, certamente, hanno influito nella dichiarazione di invalidità del sistema siffatto.

Prima di procedere all'analisi delle argomentazioni che hanno giustificato la decisione *Schrems*, è necessario indicare alcuni degli aspetti che sono stati contestati.

Anzitutto, l'applicazione dei *Safe Harbor Principles* era prevista limitatamente per le organizzazioni operanti nei settori di competenza della *Federal Trade Commission* o del *Department of Transportation*. Da ciò ne è derivata l'esclusione per tutte quelle imprese che prevedevano un controllo della loro attività da parte di autorità differenti dalla FTC: ad esempio è il caso delle imprese di telecomunicazioni, cui Autorità di riferimento è la *Federal Communication Commission* (FCC), così come previsto nel *Communication Act*; o ancora istituti bancari, casse di risparmio e unioni di credito, per cui competenti sono il *Federal Reserve Board*, l'*Office of*

26 Con riferimento a questo profilo, si rinvia tra i più a S. Sica e V. D'Antonio, *op. cit.*, pp. 145-155, in cui è analizzano nel dettaglio la struttura dell'accordo, descrivendo i principi caratterizzanti il *Safe Harbour Agreement*, tra cui: *notice principle, choice principle, acces principle, onward transfer principle, security principle, data integrity principle, enforcement principle*.

27 *Ivi*, p. 149 ss. L'a. inizia una digressione sulle FAQ più importanti, sul loro contenuto e sul ruolo di implementazione dei *Safe Harbour Principles*, per applicarli al meglio nel processo di assimilazione e combinazione tra le tutele previste nell'ordinamento statunitense e nel modello comunitario della direttiva 95/46/CE.

Trift Supervisor e dal *Nation Credit Union Administration Board*. Si tratta di casi in cui il flusso di informazioni è spesso ingente, e il cui controllo non essendo spettante alla *Federal Trade Commission* non rientrava nell'ambito di applicazione dei *Principles*.

Descritto il limite oggettivo, i dubbi circa l'effettività del sistema hanno fatto riferimento anche al meccanismo di implementazione su cui si basa la tutela dei dati trasferiti da uno Stato europeo verso gli Stati Uniti, consistente nel c.d. *self-certification scheme*: ciascuna impresa privata statunitense poteva decidere volontariamente se aderirvi e nel caso in cui ciò avvenisse l'operatore si vincolava in primo luogo a informare i soggetti dello scopo per cui le informazioni raccolte venivano usate e che a tal fine fossero rilevanti; secondariamente a consentire l'accesso ai dati, e successivamente assicurare la possibilità per l'interessato di modificare tali dati[28]. Il tutto comprendeva solo quei dati traferiti dopo l'adesione all'approdo sicuro e ciò era sufficiente per creare una presunzione di adeguatezza della tutela dei dati importati dall'Unione europea, considerato che lo stesso *Safe Harbor Agreement* era stato ritenuto – da parte della Commissione – l'accordo che al meglio potesse assicurare la salvaguardia delle informazioni relative ai cittadini europei.

Ulteriori punti critici sono stati individuati nella presenza della c.d. *supremacy clause*, la quale mostra un'altra limitazione posta in essere dal sistema sinora tratteggiato: il diritto statunitense si poneva in ogni caso in una posizione di supremazia rispetto all'accordo. Nell'allegato I, relativo ai principi dell'approdo sicuro, la decisione 2000/520/CE disponeva una deroga alla loro applicazione in alcuni casi particolari: esigenze di sicurezza nazionale, interesse pubblico o inerente all'amministrazione della giustizia; in caso di disposizioni legislative, regolamentari o decisioni giurisdizionali che contrastino con i suddetti principi, o ancora in caso di autorizzazioni esplicite che consentano alle imprese aderenti all'accordo di soddisfare interessi superiori tutelati da tale autorizzazione; infine nel caso in cui sia la stessa direttiva – 95/46/CE – o la legislazione degli Stati

28 A questo proposito, si rinvia a quanto previsto dalla stessa decisione 2000/520/CE all'art. 1 par. 3: «[...] Le condizioni di cui al paragrafo 2 sono considerate soddisfatte per ogni organizzazione che autocertifica la sua adesione ai principi applicati in conformità alle FAQ a partire dalla data di notifica al Dipartimento del commercio degli Stati Uniti (o all'ente da esso designato) del pubblico annuncio dell'impegno di cui al paragrafo 2, lettera a), e dell'identità dell'ente governativo di cui al paragrafo 2, lettera b)». Quale specificazione del contenuto, ricorre la *FAQ 6*: «Un'organizzazione usufruisce dei vantaggi dell'approdo sicuro dalla data in cui autocertifica al Dipartimento del commercio o ad una persona (fisica o giuridica) da esso designata l'adesione ai relativi principi, seguendo le indicazioni sotto riportate.[...] Per autocertificare l'adesione all'approdo sicuro un'organizzazione può fornire al Dipartimento del commercio o ad una persona (fisica o giuridica) da esso designata una lettera, firmata da un proprio funzionario in nome dell'organizzazione che intende aderire all'approdo sicuro».

membri a rendere possibili delle eccezioni o eventuali deroghe[29].

Ciò comportava, dunque, una deroga al sistema di *Safe Harbor* da parte delle imprese aderenti all'accordo ogniqualvolta sussistessero situazioni giustificate da esigenze "superiori", considerando, inoltre, che le pubbliche autorità non erano tenute al rispetto dei principi suddetti.

A fronte di tali profili problematici, la Commissione aveva già espresso qualche accorgimento con due comunicazioni adottate nel 2013[30], in cui si osservava una preoccupazione sempre maggiore sul livello di tutela dei dati personali dei cittadini dell'Unione Europea trasferiti verso gli Stati Uniti nell'ambito del sistema di "approdo sicuro", per via della sua natura volontaria e dichiarativa. Evidente era la carenza nell'attuazione effettiva della decisione 2000/520/CE, poiché talune imprese statunitensi – seppur certificate – non rispettavano i principi di "approdo sicuro"; si aggiungeva inoltre che tale sistema «era utilizzato come una sorta di "interfaccia" per il trasferimento di dati personali di cittadini europei verso gli Usa, da parte delle imprese private, tenute a consegnare dati ai servizi di intelligence americani nell'ambito dei programmi di raccolta statunitensi[31]».

Dunque, l'applicazione del sistema secondo tali modalità comportava un rilevante nocumento nei confronti dei diritti fondamentali dei cittadini europei.

Nella comunicazione *COM (2013) 847 fina*l, sul funzionamento di *Safe Harbor*, la Commissione sottolineava che «i principali beneficiari delle garanzie previste dal diritto americano sono i cittadini statunitensi o le persone che risiedono legalmente negli USA», e che tra le imprese che aderivano ai principi di "approdo sicuro" rientravano anche alcune società fortemente attive nel settore di Internet - *Google, Facebook, Microsoft, Apple, Yahoo* – le quali trasferivano un ingente numero di dati personali di cittadini europei verso gli Stati Uniti, i cui server erano, qui, ubicati. Il tutto vedeva alla base le precedenti rivelazioni sull'utilizzo del programma *PRISM*[32], che rifletteva seri dubbi sulla validità del *Safe Harbor* Agreement,

29 Decisione 2000/520/CE, allegato I. Le autorizzazioni di cui alla lett. *c)* dell'allegato I, sono esplicitate all'allegato IV della decisione, capo B), recante il titolo *"Autorizzazioni legali esplicite"*.

30 Si fa riferimento alle comunicazioni del 27 novembre 2013: *COM (2013) 846 fina*l e *COM (2013) 847 final*. L'una relativa al ripristino di un clima di fiducia negli scambi di dati fra UE e USA; l'altra inerente al funzionamento di "approdo sicuro "dal punto di cittadini dell'UE e delle società ivi stabilite.

31 Cfr. *COM (2013) 846 final*, punto 3.2.

32 L'acronimo *PRISM* indica un programma di raccolta di informazioni su larga scala, in particolare si fa riferimento al c.d. scandalo *"Datagate"*, sulle rivelazioni di Edward Snodwen sull'attività di sorveglianza elettronica di massa da parte della *National Security Agency* (NSA), che aveva consentito alle autorità pubbliche statunitensi di accedere indiscriminatamente e in modo generalizzato alle informazioni derivanti dal traffico elettronico di dati personali non solo di cittadini statunitensi, ma anche di cittadini europei, o ivi residenti.

essendo diventato lo stesso «una delle piattaforme di accesso delle pubbliche autorità di intelligence alla raccolta di dati personali inizialmente trattati nell'Unione europea»[33], con la possibilità, dunque, che società aderenti al sistema di "approdo sicuro" permettessero – a causa di disposizioni legislative in deroga all'applicazione dei Principi - l'accesso e il trattamento di tali dati da parte delle autorità statunitensi, oltre il necessario e proporzionato bisogno per rispondere alle esigenze di sicurezza nazionale.

Nell'affrontare la validità della decisione della Commissione, la Corte di Giustizia torna nuovamente sul concetto di "adeguatezza", previsto dall'art. 25, par. 6 della direttiva 95/46/CE.

L'art. 1, par. 1 della decisione 2000/520/CE – in ossequio al disposto della direttiva – afferma che il sistema di *Safe Harbour* garantisce «un livello adeguato di protezione dei dati personali trasferiti dalla Comunità [*rectius* Unione] a organizzazioni aventi sede negli Stati Uniti». La Corte ricorda che il livello di tutela "adeguato" esige una "sostanziale equivalenza"[34], necessaria era dunque l'effettività della legislazione nazionale del paese terzo rispetto all'obiettivo europeo della tutela.

Il fatto, poi, che tali strumenti risultassero differenti da quelli attuati all'interno dell'Unione non era rilevante ai fini dell'efficacia, nella prassi, di tali mezzi[35].

A questo proposito, vengono esaminati gli articoli 1 e 3 della decisione 2000/520/CE. Con riferimento all'art. 1, la Corte ha ritenuto che il meccanismo di autocertificazione delle imprese private, tramite adesione volontaria ai principi[36], non risulta di per sé contrario all'attuazione del requisito di "adeguatezza" previsto dall'art. 25, par. 6 della direttiva, ma al tempo stesso l'affidabilità di tale sistema può sussistere solo se siano predisposti degli efficaci strumenti di sanzione nel caso di violazione dei principi

P. Piroddi, *op. cit.*, p. 182. Sul punto si veda anche C. Comella, *Alcune considerazioni sugli aspetti tecnologici della sorveglianza di massa, a margine della sentenza Safe Harbor della Corte di giustizia dell'Unione Europea*, in *La protezione transnazionale dei dati*, p. 49 ss., con particolare riferimento alla questione *"Datagate"*; B. Carotti, *Il caso Schrems, o del conflitto tra riservatezza e sorveglianza di massa*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3/2016, p. 334 ss.

33 Cit. *COM (2013) 847 fina*l, punto 7.

34 Come già ampiamente discusso dall'*Article 29 Working Party*.

35 Cfr. Corte Giust. UE, 7 ottobre 2015, in causa C-362/2014, *Maximilian Schrems c. Data Protection Commissioner [Ireland]*, punto 74.

36 Decisione 2000/520/CE, art. 1, par. 3: «Le condizioni di cui al paragrafo 2 sono considerate soddisfatte per ogni organizzazione che autocertifica la sua adesione ai principi applicati in conformità alle FAQ a partire dalla data di notifica al Dipartimento del commercio degli Stati Uniti (o all'ente da esso designato) del pubblico annuncio dell'impegno di cui al paragrafo 2, lettera a), e dell'identità dell'ente governativo di cui al paragrafo 2, lettera b)».

che assicurano la protezione dei dati personali[37]. Ebbene, la problematica maggiore si pone per quel che concerne l'accesso da parte delle pubbliche autorità al contenuto delle comunicazioni elettroniche, contenenti dati personali inerenti al fondamentale diritto sul rispetto della vita privata[38].

È, dunque, possibile affermare che il sistema di *Safe Harbor*, disegnato in territorio statunitense, assicuri una protezione dei dati effettiva a livello normativo?

In realtà, gli allegati alla decisione di adeguatezza del *Safe Harbor* non contenevano norme statali tese a limitare le ingerenze di autorità pubbliche nei diritti fondamentali dei soggetti i cui dati venivano traferiti dall'Unione europea verso gli Stati Uniti, né tantomeno vi era l'esistenza di una concreta tutela giuridica avverso l'accesso indiscriminato[39] da parte delle stesse; a rendere ancora più chiaro il quadro di tale sistema si aggiunga che – in determinate situazioni[40] - anche le imprese aderenti all'accordo potevano derogare agli impegni assunti.

Dato che i ricorsi all'arbitrato privato o al procedimento di competenza della FTC si limitavano alle sole controversie derivanti da «atti o pratiche sleali e ingannevoli in materia commerciale o collegata al commercio, ed essa non si estende pertanto alla raccolta e all'impiego di informazioni personali a fini non commerciali»[41], ne risultava che il singolo non aveva alcuna concreta opportunità di avvalersi di rimedi giuridici nei confronti delle forze di intelligence statunitense, al fine di tutelare i propri dati dopo il trasferimento, tramite la rettifica o la cancellazione degli stessi.

Quest'impossibilità contrastava con il fondamentale diritto sancito all'art. 47 della Carta di Nizza, inerente alla tutela giurisdizionale effet-

37 Cfr. Corte Giust. UE, 7 ottobre 2015, in causa C-362/2014, *Maximilian Schrems c. Data Protection Commissioner [Ireland]*, punto 81.

38 Tutelato all'art. 7 della Corta europea dei diritti fondamentali.

39 Il profilo relativo ai sistemi di sorveglianza di massa indiscriminati era già stato affrontato dalla Corte di Giustizia con la sentenza *Digital Rights Ireland Seitlinger e a.* (C-293/12) decisa l'8 aprile 2014, per la quale si rinvia fra i più a G. Resta, *La sorveglianza elettronica di massa e il conflitto regolatorio USA/UE*, in *La protezione dei dati transnazionali*, *op. cit.*, p. 23 ss.

40 Già previamente ricordati e coincidenti con motivi di sicurezza nazionale, interesse pubblico; disposizioni legislative o regolamentari, decisioni giurisdizionali con obblighi contrastanti con i *Safe Harbour principles*, nel caso di autorizzazioni esplicitamente previste (come nel caso dell'allegato IV, titolo B, della decisione stessa), o ancora nel caso in cui sia la stessa direttiva europea che renda possibili tali eccezioni o deroghe. Quest'ultimo caso si riferisce alle deroghe previste dall'art. 26, par. 1 della direttiva 95/46/CE, con particolare riferimento alle *Model Contract Clauses* (MCC) e *Corporate Binding Rules* (CBR), sul cui tema riflette dettagliatamente G. M. Riccio, *Model Contract Clauses e Corporate Binding Rules: valide alternative al Safe Harbor Agreement*, in *La protezione transnazionale dei dati*, *op. cit.*, p. 215 ss.

41 Cit. conclusioni dell'Avvocato generale Yves Bot, punto 204.

tiva. Alla luce di queste riflessioni, la Corte ha ritenuto che «la decisione 2000/520/CE non ha affermato che gli Stati Uniti d'America "garantiscono" effettivamente un livello di protezione adeguato in considerazione della loro legislazione nazionale o dei loro impegni internazionali»[42], conseguendone quindi, la sua invalidità.

Strettamente collegata è la successiva analisi dell'art. 3[43], relativo ai poteri di sospensione dei flussi delle Autorità garanti competenti nella protezione dei dati personali degli Stati membri in caso di trasferimenti transfrontalieri.

La sospensione dei flussi di dati verso le imprese statunitensi da parte dei Garanti nazionali – nell'esercizio dei propri poteri previsti dall'art. 28 della direttiva 95/46/CE – era possibile laddove, una volta verificato da parte degli enti governativi la violazione dei principi di "approdo sicuro", vi fossero ragionevoli motivi per ritenere che l'organismo statunitense competente dell'esecuzione non avesse adottato – né adottasse in futuro – le adeguate misure per porre termine a suddetta violazione, e dunque che continuare il trasferimento provocasse in concreto dei seri danni agli interessati. Limitazione di flussi che, in ogni caso, doveva essere contenuta per il periodo strettamente necessario a ripristinare la tutela relativa alla sicurezza dei dati.

Condizioni di questo genere sono state ritenute chiaramente restrittive per l'azione delle autorità nazionali degli Stati membri, poiché di fatto non consentivano il legittimo uso dei poteri loro spettanti, al punto tale da giustificare le argomentazioni circa l'invalidità del disposto dell'art. 3 da parte della Corte di Giustizia, con conseguente estensione a tutta la decisione vista l'inseparabilità delle due norme rispetto al sistema complessivamente considerato.

42 Cit. Corte Giust. UE, 7 ottobre 2015, in causa C-362/2014, *Maximilian Schrems c. Data Protection Commissioner [Ireland]*, punto 97.

43 Decisione 2000/520/CE, art. 3: «[…] le autorità competenti degli Stati membri possono avvalersi dei loro poteri, al fine di tutelare gli interessati con riferimento al trattamento dei dati personali che li riguardano, per sospendere flussi di dati diretti a un'organizzazione che ha autocertificato la sua adesione ai principi applicati in conformità alle FAQ nei casi in cui: a) gli enti governativi degli Stati Uniti di cui all'allegato VII della presente decisione, o un organismo indipendente di ricorso ai sensi della lettera a) del «principio di esecuzione» di cui all'allegato I della presente decisione abbiano accertato che l'organizzazione viola i principi applicati in conformità alle FAQ; oppure b) sia molto probabile che i principi vengano violati; vi siano ragionevoli motivi per ritenere che l'organismo di esecuzione competente non stia adottando o non adotterà misure adeguate e tempestive per risolvere un caso concreto, la continuazione del trasferimento dei dati potrebbe determinare un rischio imminente di gravi danni per gli interessati e le autorità competenti dello Stato membro abbiano fatto il possibile, date le circostanze, per informare l'organizzazione dandole l'opportunità di replicare. La sospensione dei flussi deve cessare non appena sia garantito il rispetto dei principi applicati in conformità alle FAQ e ci sia stato notificato alle competenti autorità dell'UE.»

2.1 Segue: Il *Privacy Shield*: un nuovo inizio?

La decisione sul caso *Schrems* ha influito sulla definizione delle trattative riguardanti un nuovo accordo tra UE e USA, c.d. *Privacy Shield*[44], il cui scopo è quello di apportare una maggior chiarezza giuridica nel flusso transfrontaliero dei dati personali e adeguare la disciplina alle linee guida già fornite nelle comunicazioni della Commissione nel 2013, avvalorate anche nelle argomentazioni della Corte di Giustizia.

Questo accordo si è posto l'ambizioso obiettivo di uniformare le garanzie nell'ambito della tutela dei dati personali traferiti dall'Unione europea verso gli Stati Uniti, inserendo elementi di innovazione misti a profili di continuità rispetto al *Safe Harbor*, per offrire una maggiore chiarezza e certezza giuridica tra i Paesi.

Alla stregua del precedente accordo, il *Privacy Shield* si basa su un meccanismo di autocertificazione «in base al quale l'organizzazione statunitense s'impegna a rispettare un insieme di principi in materia di *privacy*, ossia i principi del regime dello Scudo UE-USA per la *privacy*, comprensivi dei principi supplementari, emanati dal Dipartimento del Commercio degli USA»[45], prevedendo però nuovi obblighi più stringenti per le imprese private, tali da avere una maggior vincolatività dal punto di vista giuridico[46]. I pilastri fondamentali dell'accordo possono essere esemplificati considerando differenti profili: i rinnovati obblighi per le imprese, le garanzie sull'accesso ai dati personali da parte delle autorità pubbliche statunitensi, la rafforzata tutela giuridica dei diritti individuali dei soggetti interessati e la fase di monitoraggio degli impegni assunti con il sistema di autocertificazione.

Gli obblighi più stringenti imposti alle imprese si basano sui principi già elaborati nel previo accordo, avendo cura di rispettarli con maggior trasparenza, in particolare il Dipartimento del Commercio statunitense si è impegnato a elaborare un elenco delle società private aderenti ai principi del *Privacy Shield* al fine di metterlo a disposizione del pubblico; allo stesso modo le imprese dovranno indicare – tramite collegamento ipertestuale - il sito web del Dipartimento del Commercio in cui è reperibile la lista di tali adesioni, esplicitando anche una *privacy policy* che dia una chiara informativa ai soggetti sulla possibilità di effettuare reclami inerenti all'utilizzo

44 La decisione di esecuzione (UE) 2016/1250 della Commissione del 12 luglio 2016 a norma della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, ha statuito l'adeguatezza della protezione offerta dal regime dello Scudo UE-USA per la *privacy*.

45 Cit. Decisione di esecuzione (UE) 2016/1250, considerando 14.

46 Cfr. P. Pirrodi, *op. cit.* p. 196. Nello stesso senso le considerazioni di S. Sica, V. D'Antonio, *op. cit.*, p. 165 ss.

dei propri dati personali[47] e – se del caso – rispondervi tempestivamente.

Fondamentale è, inoltre, l'innalzamento del livello di responsabilità di tali organizzazioni per ciò che concerne l'ulteriore trasferimento dei dati a terzi soggetti non aderenti al *Privacy Shield* o in altri Paesi terzi, prevedendo un obbligo ferreo nell'applicazione dei principi sulla scelta dell'eventuale trattamento e dell'informativa sullo stesso, delimitando l'ambito di utilizzo dei dati a una finalità determinata che non sia incompatibile con quegli scopi per cui erano state raccolte in origine o con quelle successivamente autorizzate dall'effettivo consenso dell'interessato.

Per ciò che concerne l'accesso ai dati per le pubbliche autorità statunitensi sono previste specifiche garanzie e meccanismi di controllo, con una serie di limitazioni a tali accessi, in modo da impedirne un'ingerenza illecita e prevenire il rischio di abusi. Una direttiva presidenziale dell'ex Presidente Barack Obama (PPD-28) segnalava già delle limitazioni all'attività di sorveglianza di massa, con la possibilità di effettuare una raccolta dei dati solo laddove ciò fosse basato sulla legge o su un'autorizzazione presidenziale e, comunque, nel rispetto della Costituzione. Il considerando 72 della decisione di adeguatezza della Commissione riporta il contenuto di tale direttiva presidenziale, in cui è previsto che «la raccolta in blocco è effettuata solo quando, "in base a considerazioni tecniche o operative", non risulta possibile procedere alla rilevazione mirata con il filtro di discriminanti, ossia di un identificatore associato a un obiettivo specifico [...]»[48]. Successivamente, nel considerando 75, si prevede che le limitazioni poste dalla PPD-28 siano di particolare interesse nell'ambito di applicazione del nuovo Scudo USA-UE, nel caso in cui la raccolta dei dati personali avvenga al di fuori degli Stati Uniti durante il transito degli stessi dal territorio dell'Unione europea.

Strettamente collegato ai primi due pilastri, è il tema dell'effettività della tutela dei diritti individuali – in ossequio con quanto affermato dall'orientamento della Corte di Giustizia con la sentenza *Schrems* – dei soggetti: si prospettano diversi meccanismi di ricorso avverso le violazioni sulla protezione dei dati, tra cui reclami nei confronti dell'impresa, la quale deve rispondere entro 45 giorni dalla richiesta dell'interessato; accesso gratuito alle ADR; la possibilità di utilizzare il c.d. *Privacy Shield Panel*, consistente in un collegio arbitrale che attraverso una decisione esecutiva si pone l'obiettivo di fermare la situazione pregiudizievole per il soggetto interessato[49]; è segnalata, inoltre, la possibilità di rivolgersi all'Autorità

47 A. Mantelero, *I flussi di dati transfrontalieri e le scelte delle imprese tra* Safe Horbour *e* Privacy Shield, in *La protezione transnazionale dei dati*, *op. cit.*, p. 265.

48 Cit. Decisione di esecuzione (UE) 2016/1250, considerando 72.

49 Previsto dall'allegato 2 della decisione di esecuzione (UE) 2016/1250, recante il titolo "Modello arbitrale".

nazionale garante della protezione dei dati dello Stato membro dell'interessato, che con il coordinamento e la cooperazione del *Department of Commerce e Federal Trade Commission*, effettuerà degli accertamenti su eventuali reclami ancora pendenti effettuati da cittadini dell'Unione.

In ossequio degli impegni assunti con il *Privacy Shield*, il governo statunitense ha creato un particolare strumento di ricorso amministrativo per verificare la correttezza nelle attività dei servizi di *intelligence* nella raccolta – ed eventuale trattamento – dei dati, e che è rappresentato dalla figura del c.d. *Ombudperson*[50], un soggetto indipendente che si occupa di ricevere reclami da parte dei singoli e al quale spettano poteri di indagine e di vigilanza, in modo tale da porre rimedio alle situazione di irregolarità in cui siano incorse le pubbliche autorità[51].

Quarto pilastro è, poi, rappresentato dai meccanismi di monitoraggio dell'accordo, attraverso una revisione annuale congiunta da parte della Commissione europea e dal *Department of Commerce* coinvolgendo di esperti e servizi di sicurezza statunitensi e delle Autorità europee per la protezione dei dati. Sui risultati di tale revisione, la Commissione europea ha il compito di stilare una relazione pubblica al Parlamento e al Consiglio sull'andamento dell'esecuzione dell'accordo. Ciò si pone chiaramente in ossequio alle necessità espresse dalla sentenza *Schrems*[52].

Il *Privacy Shield* si configura, da una parte come un sistema nuovo che la Commissione ha ritenuto in grado di tutelare il trasferimento dei dati verso gli Stati Uniti, assicurando che lo "scudo" predisposto dall'*U.S. Department of Commerce* prevedesse un livello adeguato; dall'altra ha provocato dubbi relativi alla concreta effettività dei nuovi rimedi posti allo scopo[53], con particolare riferimento al ruolo dell'*Ombudperson*, il quale

50 Tale figura descritta nella decisione di esecuzione (UE) 2016/1250, in particolare dal considerando 116 al considerando 122, in cui sono dettagliatamente indicate le competenze e i meccanismi di funzionamento dell'attività del mediatore.

51 Cfr. S. Crespi, *La nouvelle décision d'adéquation (Privacy Shield) pour les transferts des données personnelles de l'Union européenne vers les États-Unis*, in *Journal de droit européen*, 2016, p. 261. In riferimento a questi aspetti si veda anche F. Rossi Dal Pozzo, *La tutela dei dati personali tra esigenze di sicurezza nazionale, interessi economici e diritti fondamentali della persona. (Dal Safe Harbour al Privacy Shield)*, in *Rivista di diritto internazionale*, 3/2016, p. 721, in cui l'*Ombudperson* è descritto come «figura *sui generis*, alto funzionario chiamato ad assicurarsi che le denunce dei singoli siano informati se le leggi degli Stati Uniti applicabili siano state rispettate o, qualora così non fosse, se le violazioni riscontrate siano cessate».

52 Il riferimento va al paragrafo 76 della sentenza, in cui la Corte aveva ritenuto che spettasse alla Commissione valutare con cadenze periodiche la constatazione dell'adeguatezza del livello di protezione del Paese terzo, considerato il fatto che le garanzie fornite dal Paese terzo sono sempre suscettibili evolversi nel tempo.

53 In questa direzione, fra tutti, si pongono A. Mantelero, *op. cit.*, p. 266; P. Piroddi, *op. cit.*, p. 198; M. L. Flóres Rojas, *op. cit.*, p. 307.

pur essendo indipendente e terzo, rimane comunque figura incardinata all'interno del Dipartimento di Stato[54]. Da ciò conseguono, pertanto, legittime preoccupazioni sull'effettività del rimedio e del suo impatto sulla protezione dei dati personali dei soggetti.

3 Il nuovo Regolamento europeo 679/2016 sulla protezione dei dati personali nell'ottica del trasferimento transnazionale dei dati

Il *Privacy Shield* deve, però, essere inserito in un panorama giuridico più ampio, vista la prossima applicazione del Regolamento europeo 2016/679[55] che introduce una disciplina il cui obiettivo primario consiste nell'uniformare la materia relativa alla tutela dei dati personali e alla loro libera circolazione per assicurare un livello di protezione equivalente in tutti gli Stati membri.

Il nuovo Regolamento si occupa di regolare il trasferimento dei dati verso Paesi terzi o verso organizzazioni internazionali[56], riproponendo gli orientamenti giurisprudenziali affermatisi nelle argomentazioni elaborate dalla Corte di Giustizia al fine di migliorare lo scenario europeo relativo alla tutela dei diritti fondamentali. In particolare, centrale è l'ambito di applicazione territoriale della regolamentazione europea. L'art. 3 reg. cit.[57] segnala, infatti, una novità rilevante in materia di protezione dei dati, poiché al comma 2 dello stesso è prevista la sua l'applicazione anche nel caso in cui il soggetto titolare o responsabile del trattamento dei dati non sia stabilito nell'Unione, e ciò in particolare avviene in due specifiche situazioni: da una parte nel caso di offerta di beni o prestazione di servizi a soggetti che siano residenti in uno Stato membro; dall'altra nel caso di un'attività di monitoraggio del comportamento dell'interessato, nella misura in cui tale comportamento abbia comunque luogo nell'Unione. In questa prima disposizione è possibile notare un netto scostamento rispetto alla precedente disciplina europea relativa alla *privacy*, in quanto il classico principio dello stabilimento – sui cui era basata la direttiva 95/46/CE, art.

54 In quanto nominato dallo stesso Dipartimento, come indicato dal considerando 116 della decisione di esecuzione della Commissione.

55 Entrato in vigore il 24 maggio 2016 e direttamente applicabile negli Stati membri dal 25 maggio 2018.

56 Regolamento (UE) 2016/679, capo V, artt. 44-50.

57 L'art. 3, co. 1 del Regolamento così dispone: «Il presente regolamento si applica al trattamento dei dati personali effettuato nell'ambito delle attività di uno stabilimento da parte di un titolare del trattamento o di un responsabile del trattamento nell'Unione, indipendentemente dal fatto che il trattamento sia effettuato o meno nell'Unione.»

4 – viene reso più flessibile per accogliere un "approccio orientato verso i destinatari del servizio"[58], estendendo dunque il suo ambito di applicazione, con una maggiore attenzione nei confronti della tutela dei soggetti interessati dal trattamento dei dati.

Se tale disposizione riguarda l'aspetto più generale dell'operatività del nuovo Regolamento sulla disciplina della *privacy*, è bene tratteggiare alcuni punti focali di specifiche disposizioni dedicate ai trasferimenti transnazionali, al fine di individuare le novità che si pongono come base giuridica del *Privacy Shield* in continuità con l'esigenza di proporre un "modello forte" di tutela della *privacy*.

L'art. 45 reg. cit. basa la possibilità di effettuare i trasferimenti verso Paesi terzi riportando nuovamente – come già prevedeva la direttiva 95/46/CE – il livello di "adeguatezza" nella tutela dei soggetti, da leggersi però alla luce delle conclusioni raggiunte nella sentenza *Schrems*. Ed invero, pur mantenendo la necessità che la Commissione elabori una decisione di adeguatezza del livello di protezione presente nel Paese terzo in cui i dati sono trasferiti, ciò che muta è la sostanziale manifestazione di questo parametro, perché i giudici di Lussemburgo chiariscono che l'"adeguatezza" si relaziona con una garanzia di "effettiva tutela" delle persone fisiche i cui dati vengono trattati e che pertanto debba essere "sostanzialmente equivalente" alla disciplina europea. Il concetto di adeguatezza è, dunque, rivisto alla luce della pronuncia chiarendo in modo puntuali e più rigoroso gli elementi da valutare per porre in essere la decisione da parte della Commissione, tra di essi sono indicati: la tutela di diritti e libertà fondamentali, rimedi giurisdizionali previsti per la risoluzione di violazioni dei diritti stessi, la pertinente legislazione settoriale e generale, l'esistenza ed effettivo funzionamento di un'autorità indipendente a protezione dei dati personali nel Paese terzo con efficaci poteri sull'organizzazione internazionale destinataria dei dati; sono anche valutati gli impegni internazionali assunti dal Paese terzo dalle organizzazione che raccolgono i dati personali e strumenti giuridici vincolanti per la loro salvaguardia[59]. Il tutto coronato da disposizioni tese a riaffermare e rafforzare la condizione di "piena indipendenza" delle Autorità nazionali di protezione dei dati, da una parte si confermano i poteri di esame delle doglianze dei cittadini europei – pur in presenza di una decisione della Commissione ritenuta valida – che in *Schrems* erano stati fermamente sostenuti dalla Corte, sulla base dell'interpretazione dell'art. 28 della direttiva 95/46/CE; dall'altra questo rafforzamento comporta una concreta possibilità di creare esiti

58 M. G. Stanzione, *Genesi ed ambito di applicazione*, in M.G. Stanzione, *Genesi ed ambito di applicazione*, in *La nuova disciplina della privacy, op. cit.*, p. 30 ss.

59 Cfr. F. Jault-Seseke, C. Zolynski, *Le règlement 2016/679/UE relatif aux données personnelles*, in *Recueil Dalloz*, n. 32/2016, p. 1878.

contradditori nelle decisioni delle Autorità di controllo, visto il permanere dell'assoggettamento di tali organi alle decisioni vincolanti della Commissione. Ciò provoca, pertanto, una situazione di incertezza nell'applicazione del Regolamento che dovrebbe essere bilanciata dalla cooperazione non solo tra le Autorità nazionali, ma anche tra le stesse e la Commissione[60], al fine di evitare che il parametro della "piena indipendenza" comporti un'eccessiva discrezionalità delle Autorità nazionali e la contraddittorietà della loro azione rispetto all'indirizzo dato dalla Commissione.

Nella panoramica dei principali profili della nuova disciplina sulla *privacy*, il *Privacy Shield* deve essere armonizzato con il Regolamento UE 2016/679, in considerazione del fatto che la sua elaborazione sia avvenuta sulla base giuridica dell'abrogata direttiva; a tal proposito è la disciplina regolamentare che con una norma di diritto transitorio[61] ha affermato che le decisioni di adeguatezza adottate dalla Commissione devono ritenersi valide e in vigore fino al momento in cui non siano ulteriormente modificate, sostituite o abrogate nuovamente dalla Commissione stessa nel caso in cui il funzionamento dello "Scudo" non garantisca più il livello adeguato di protezione dei dati trasferiti dall'Unione europea verso le organizzazioni presenti sul territorio statunitense; e per questa ragione risulta fondamentale l'attività di monitoraggio e revisione annuale dell'accordo recentemente avvenuto[62].

4 Conclusioni

Le riflessioni sinora svolte hanno tracciato il quadro d'insieme dell'attuale regolazione in riferimento allo specifico tema dei trasferimenti transnazionali verso Paesi terzi a partire dall'emblematico caso *Schrems* per arrivare all'implementazione dell'accordo *EU-U.S. Privacy Shield* e al suo inserimento all'interno della nuova disciplina inerente al Regolamento UE 2016/679.

L'impatto della pronuncia analizzata ha avuto effetti rilevanti, in particolare perché ha contribuito a fare chiarezza sul tanto dibattuto *Safe Harbor Agreement* sancendone, infine, l'invalidità alla luce delle lacune presentate

60 Così P. Piroddi, *op. cit.*, p. 204.

61 Il riferimento è all'art. 45, co. 9: «Le decisioni adottate dalla Commissione in base all'articolo 25, paragrafo 6, della direttiva 95/46/CE restano in vigore fino a quando non sono modificate, sostituite o abrogate da una decisione della Commissione adottata conformemente al paragrafo 3 o 5 del presente articolo.»

62 Con riferimento a quest'aspetto, si specifica che la revisione da parte della Commissione si è tenuta a Washington DC nel periodo di settembre al fine di verificarne il corretto funzionamento. Con riferimento ai primi risultati di tale controllo si rinvia a: `http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-17-3342_en.htm`.

dall'accordo che non consentiva un'idonea tutela nell'ottica prevista dal quadro europeo della direttiva 95/46/CE.

Nella prospettiva europea i dati personali hanno certamente un ruolo fondamentale nell'espansione del commercio internazionale verso altri paesi – anche se non appartenenti all'Unione – ma in questo contesto centrale è la loro tutela, intesa come diritto fondamentale individuale e in alcun modo negoziabile; totalmente diversa la concezione nello scenario d'oltreoceano, in cui la rilevanza data agli scambi internazionali rischia di prendere il sopravvento, relegando i dati personali a mera "merce" per favorire il traffico transnazionale.

Sulla base di questi presupposti, la Corte ha tentato di ristabilire il livello di protezione dei dati personali nei trasferimenti che coinvolgono Paesi terzi, fornendo delle linee guida su cui basare il successivo accordo regolatore della materia.

Il percorso per l'elaborazione del *Privacy Shield*, i cui negoziati erano già in corso all'epoca della decisione, sembra aver recepito – secondo quanto confermato dalla Commissione stessa con la sua decisione di adeguatezza del 12 luglio 2016[63] – i principi sviluppati in *Schrems*, rappresentando un ulteriore passo verso lo schema di rigida tutela dei diritti fondamentali e sicurezza nei trasferimenti che si pone di realizzare l'Unione europea nei confronti dei suoi cittadini.

Medesimo obiettivo si è imposto il nuovo Regolamento UE 2016/679, che propone un modello forte di salvaguardia del diritto fondamentale sancito dall'art. 8 della Carta di Nizza con l'intento di incrementare l'effettività della tutela attraverso un'opera non più consistente nella mera armonizzazione delle legislazioni nazionali, ma nell'uniformazione della disciplina e a tal fine lo strumento prescelto è quello del regolamento, direttamente applicabile negli Stati membri dal maggio 2018.

In questo contesto è inserito il *Privacy Shield*, il quale deve armonizzarsi con la più generale disciplina del nuovo Regolamento, ed invero in riferimento a questo aspetto è arrivato il *placet* della Commissione che lo ha ritenuto meritevole di rispettare il parametro della "sostanziale equivalenza" rispetto al modello europeo.

Anche questo accordo non è stato esente da critiche, anzi ne è stata contestata la scarsa coercitività, tanto da ricordare in alcuni suoi tratti il suo predecessore, proprio per questa ragione ritenuto dallo stesso ricorrente Maximilian *Schrems* un "*soft update of Safe Harbour*"[64]. I dubbi sono ancor maggiori se si pensa, in particolare, alla possibilità che il *Privacy Shield* possa essere minato a causa dei recenti sviluppi sulla tutela della

63 Decisione di esecuzione (UE) 2016/1250 della Commissione.

64 M. *Schrems*, *The Privacy Shield is a Soft Update of the Safe Habor*, in *EDPL*, n. 2/2016, p. 148 ss.

privacy nel panorama statunitense. Con l'elezione del Presidente Donald Trump, gli impegni statuiti nel nuovo accordo hanno rischiato di vacillare, a causa dell'emanazione dell'ordine esecutivo presidenziale n. 13768[65], in materia della pubblica sicurezza, con cui si prevede che le pubbliche autorità – sulla base del *Privacy Act* – devono assicurare le *privacy policies* nei confronti dei cittadini statunitensi, escludendo invece i "non cittadini"[66].

Alla luce di questi ultimi sviluppi, la Commissione europea ha fatto chiarezza sulla sorte dell'intesa raggiunta con le controparti statunitensi, che hanno, però, assicurato l'impegno nel rispetto del *Privacy Shield*[67].

Ancor più recentemente – nel settembre scorso – si è svolta la prima revisione sul funzionamento dello Scudo Ue-Usa: qui, la Commissione ha confermato la sussistenza delle garanzie fornite dall'adeguato livello di tutela dell'ordinamento statunitense, in quanto sono stati predisposti gli strumenti necessari per porre in essere una solida cooperazione tra le autorità degli Stati.

Nonostante le incertezze e le criticità del nuovo Scudo, il *Privacy Shield* – tra luci e ombre – è riuscito ad inserirsi legittimamente tra le maglie del quadro comune segnato dall'attuale regolamentazione europea, costituendo un fondamentale tassello nella materia inerente la tutela dei dati personali nei trasferimenti transfrontalieri al fine di rispondere alle sempre maggiori esigenze di sicurezza alla luce della continua crescita economica e degli sviluppi tecnologici negli scambi internazionali.

65 Si tratta dell'ordine esecutivo 13768 del 25 gennaio 2017, *Enhancing Public Safety in the Interior of the United States*, https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2017-01-30/pdf/2017-02102.pdf.

66 Sul punto si rinvia a A. Butler, *Whither Privacy Shield under Pressure?*, in *EDPL*, n. 1/2017, p. 111 e ss.

67 Come risulta anche dalla relazione sulla revisione e monitoraggio del *Privacy Shield*, per il Report completo si rinvia a http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-3966_it.htm.

Osservatorio

Ricerche giuridiche e-ISSN 2281-6100
Vol. 6 – Num. 1 – Giugno 2017

TRIBUNALE DI VERONA, 9 Novembre 2016
VACCARI Giudice monocratico

Determinazione della competenza sulla domanda proposta dal socio investitore nei confronti di una banca popolare – Utilizzo del criterio di cui all'art. 10 c.p.c. – Competenza del tribunale delle imprese – Esclusione (d.lgs. n. 168/2003, art. 3; Codice di procedura civile, artt. 10, 38, 42 e 43)

La determinazione della competenza deve essere compiuta in base al contenuto della domanda giudiziale, secondo quanto stabilisce l'art. 10 c.p.c., salvo il caso in cui la prospettazione ivi contenuta appaia "prima facie" artificiosa e volta al solo fine di sottrarre la cognizione della causa al giudice predeterminato per legge.

È attribuita alla competenza del tribunale ordinario, e non a quella del tribunale delle imprese, la controversia promossa dal socio investitore nei confronti dell'istituto bancario, lamentando, nell'ambito di un'operazione di acquisto di obbligazioni convertibili in azioni, la violazione degli obblighi previsti dal t.u.f. a suo carico, quale intermediario erogatore dei servizi di investimento.

Motivi della decisione - Rilevato che S.c.p.a. esponendo di essere stata indotta da un funzionario della medesima a sottoscrivere, in data 18 gennaio 2013, presso la filiale di Sommacampagna, ove aveva un deposito titoli, collegato ad un conto corrente, il prestito obbligazionario denominato "Veneto Banca 5% 2013-2017 convertibili in azioni", del valore nominale di euro 80.000, nonché a costituire tale strumento finanziario a garanzia del finanziamento concesso dall'istituto di credito alla società X s.r.l., facente capo a suo marito C.P., con atto di ritenzione compensazione del 12 novembre 2014.

La ricorrente ha aggiunto che nel luglio del 2014 la Banca convenuta, avvalendosi della facoltà riconosciutale dall'art. 10 del regolamento del prestito obbligazionario, aveva proceduto, di sua iniziativa, alla conversone delle obbligazioni convertibili mediante consegna di sue azioni, il cui valore, alla data del 3 novembre 2015 era sceso ad euro 64.843,00.

Sulla scorta di tale esposizione l'attrice ha lamentato che la predetta operazione era avvenuta senza il suo libero consenso e che comunque era

DOI 10.30687/Rg/2281-6100/2018/01/008
Submitted: 2017-02-14 | Accepted: 2017-03-14

stata inadeguata, dal momento che aveva avuto ad oggetto titoli illiquidi, nonché che l'istituto di credito aveva violato gli obblighi informativi, ad essa relativi, derivanti a suo carico dall'articolo 21, comma 1, lett. *b)*, t.u.f.

Ancora, secondo la ricorrente, la convenuta vi aveva dato corso, pur trovandosi in situazione di conflitto di interessi, non solo per quanto segnalato nella scheda di adesione da lei sottoscritta ma anche perché la scelta se rimborsare gli azionisti in denaro o con azioni era stata totalmente rimessa all'istituto di credito.

Veneto Banca si è costituita in giudizio e ha eccepito via preliminare la carenza di *ius postulandi*, e la conseguente nullità della procura alle liti conferita all'originario difensore, in quanto rilasciata all'estero, quando la ricorrente si trovava in Thailandia.

Sempre in via preliminare la resistente ha eccepito l'incompetenza per materia dal tribunale di Verona a favore della sezione specializzata in materia di impresa del tribunale di Venezia, l'incompetenza per territorio del tribunale di Verona a favore del tribunale di Treviso e la nullità del ricorso.

Con riguardo al merito ha assunto l'infondatezza del ricorso con diffuse argomentazioni sia in fatto che in diritto

Ciò detto con riguardo agli assunti delle parti, devono essere innanzitutto esaminate eccezioni preliminari sollevate dalla resistente.

Quanto all'eccezione di nullità della procura alle liti

Il rilievo ve decisamente disatteso poiché la resistente non ha fornito elementi idonei a superare la presunzione che l'attrice abbia rilasciato la procura *ad litem* in Italia dal momento che, a sostegno di essa, si è limitata a richiamare l'affermazione contenuta nel ricorso introduttivo che "la ricorrente risiede ora in Thailandia". Tale affermazione però, contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa convenuta, non è affatto incompatibile con il valido rilascio dell'autenticazione della procura sul territorio italiano poiché è ben possibile che la ricorrente abbia provveduto a ciò in occasione di un suo soggiorno temporaneo nel nostro paese, quale quello in occasione del quale ha presenziato alla scorsa udienza.

Quanto all'eccezione di incompetenza per materia del tribunale adito

La resistente ha sostenuto che, dal momento che le operazioni contestate dalla ricorrente attengono alla sottoscrizione e vendita di azioni di Veneto Banca, le domande svolte hanno ad oggetto la costituzione del rapporto sociale con la banca e comunque riguardano il trasferimento di partecipazioni sociali, con la conseguenza che rientrano nella previsione, rispettivamente, di cui all'art. 3, co. 2, lett. *a)* e lett. *b)*, del d.lgs. n. 168/2003.

La questione va risolta alla stregua del consolidato orientamento della Suprema Corte secondo il quale la determinazione della competenza deve essere effettuata in base al contenuto della domanda giudiziale secondo

quanto stabilisce l'art. 10 c.p.c., che esprime una regola di portata generale, salvo che nei casi in cui la prospettazione là contenuta appaia prima facie artificiosa e volta al solo fine di sottrarre la cognizione della causa al giudice predeterminato per legge (così Cass. civ, sez. lav., 17 maggio 2007, n. 11415).

Pertanto ai fini della individuazione della competenza, nessuna rilevanza possono assumere le contestazioni del convenuto (*ex multis*: Cass., sez. II, n. 20177/2004; S.U. n. 6217/2006; sez. L. n. 11415/2007 e tra le più recenti Cass. civ., sez. VI, n. 7182/2014; Cass. civ., sez. VI, n. 21547/2015), salvo che non siano dirette ad evidenziare il carattere artificioso della domanda attorea.

Orbene, tale carattere può riconoscersi solo alla prima tra le doglianze attoree.

La infatti con la memoria di replica ha assunto di aver agito in qualità di consumatore, così implicitamente prospettando che il finanziamento da lei citato le era stato erogato in virtù di tale sua qualità.

Sul punto coglie però nel segno la duplice obiezione della convenuta che non può attribuirsi detta qualifica alla ricorrente.

Infatti occorre evidenziare come, da un lato, la facilitazione bancaria concessa alla ricorrente, secondo quanto dalla stessa affermato in ricorso, doveva garantire l'esposizione debitoria di una società facente parte capo a suo marito, cosicché può escludersi che ella abbia agito per scopi estranei ad una attività imprenditoriale o commerciale.

In secondo luogo, con riferimento alle altre doglianze attoree, la qualità di consumatore non rileverebbe nemmeno in astratto, atteso che, ai sensi dell'art. 47, lett. *d)*, d.lgs. n. 206/2005, i contratti relativi a strumenti finanziari esulano dall'ambito di applicazione delle disposizioni della sezione del predetto testo normativo, tra le quali è compresa quella che individua, quale foro competente e inderogabile, quello del luogo di residenza o di domicilio del consumatore.

Va invece escluso che abbiano carattere artificioso tutte le altre doglianze dell'attrice.

Ella infatti ha posto a fondamento delle sue domande la violazione da parte della resistente degli obblighi informativi e di adeguatezza dell'operazione di acquisto delle obbligazioni convertibili, nonché quello di astensione, derivanti a suo carico dal t.u.f. e ha fatto quindi valere la indubbia qualità di intermediario che Veneto Banca ha avuto nel caso di specie e l'altrettanto indiscutibile carattere di prodotto finanziario delle obbligazioni acquistate.

Si noti che anche le pronunce dell'*Ombudsman* bancario citate da parte resistente hanno risolto, sulla base dei medesimi criteri sopra citati, l'identica questione che è stata posta davanti a tale organo.

Se infatti vengono lette nella loro integralità già solo le massime di quelle decisioni, riportate solo parzialmente dalla difesa della resistente,

si coglie che esse sono state rese in casi in cui il ricorrente aveva agito non in qualità di cliente dell'intermediario convenuto, bensì di soggetto titolare di diritti di partecipazione al capitale sociale della banca (in un caso il cliente pretendeva che la banca riacquistasse le azioni e in un altro il rimborso di azioni emesse dall'intermediario secondo par condicio, ossia senza subire «disparità di trattamento tra azionisti»).

È evidente quindi che quelle pronunce postulavano che, nel caso in cui il cliente prospetti invece la qualità di intermediario dell'istituto di credito, sussiste pienamente la competenza dell'*Ombudsman* o, a seconda dei casi, del tribunale ordinario, trattandosi di controversia relativa ad un rapporto di intermediazione finanziaria. La conferma di ciò si ha dalla lettura di altre decisioni dello stesso organo, come la decisione del 27 gennaio 2016 (ricorso n. 653/2015) e quella del 16 novembre 2015 (ricorso n. 487/2015), che hanno valutato nel merito casi praticamente identici a quello per cui è causa (nel secondo era stata contestata la carente informativa in occasione del perfezionamento del contratto d'acquisto dei titoli obbligazionari convertibili).

Non giova alla tesi della resistente nemmeno la citata giurisprudenza di altro tribunale del distretto, atteso che alcune di quelle pronunce si sono discostate dai principii sopra richiamati, senza motivare tale scelta, mentre altre sono state emesse in giudizi nei quali erano state svolte domande fondate sul rapporto societario sorto tra investitore ed istituto di credito a seguito dell'acquisto delle azioni di Veneto Banca, quale quella fondata sul mancato adempimento da parte dell'istituto di credito dell'obbligo di riacquisto delle sue azioni.

È evidente poi che se la presente controversia va ricondotta alla categoria di quelle relative a prodotti finanziari è esclusa l'esigenza funzionale, richiamata dalla resistente a sostegno della sua eccezione, di una sua trattazione da parte di un organo giurisdizionale specializzato nelle controversie societarie.

A prescindere dalle considerazioni sin qui svolte, poi, il rilievo di parte resistente non tiene poi conto del fatto che l'acquisto, da parte della attrice, della qualità di socia della società resistente non è stato un effetto diretto dell'acquisto della obbligazioni per cui è causa ma della successiva scelta dell'istituto bancario di convertirle in azioni e si colloca quindi in un momento temporale distante dall'operazione di investimento.

Quanto all'eccezione di incompetenza per territorio

Anche tale eccezione va disattesa poiché il giudizio è stato correttamente radicato presso questo tribunale, nel cui circondario si trova il comune (Sommacampagna) in cui è stato concluso il contratto di acquisto delle obbligazioni convertibili e l'atto di ritenzione conseguente e che costituisce anche il luogo dove devono essere adempiute sia l'obbligazione di *facere* che quelle di pagamento fatte valere dalla ricorrente, ai sensi rispettivamente, del secondo e del terzo comma dell'articolo 1182 c.c.

Quanto al merito delle domande

Le domande attoree sono invece infondate e vanno pertanto disattese, con conseguente assorbimento del rilievo di nullità del ricorso svolto dalla difesa della resistente.

Infatti la domanda di ricostituzione del deposito titoli, per quanto possa essere intesa come domanda di condanna dell'istituto di credito al pagamento della somma necessaria a ricostituire l'originario controvalore (parti ad euro 80.000,00) dei titoli custoditi nel deposito ove sono state appoggiate anche le obbligazioni per cui è causa, risulta generica, ancor prima che indimostrata, in difetto della precisazione e dimostrazione di quale sia l'attuale valore dei diversi titoli che pacificamente vi sono tuttora custoditi (dall'estratto conto del deposito prodotto sub 6 risulta che, oltre a quelli sopra citati, ve ne sono detenuti altri).

Peraltro se si ha riguardo a quest'ultimo documento che, secondo l'attrice, risale al 3.11.2015, il valore complessivo di tali titoli è superiore alla somma succitata con la conseguenza che la domanda andrebbe comunque rigettata.

Il rigetto delle predette domande comporta il rigetto anche di quella di risarcimento del danno morale lamentato dalla ricorrente atteso che essa presupponeva l'accoglimento delle prime.

La domanda di condanna al risarcimento dei danni patrimoniali, quantificati in euro 20.000,00, risulta parimenti generica atteso che quel pregiudizio è stato ricollegato ad una condotta della resistente descritta, in termini quanto mai vaghi, come "di congelamento di altri titoli", senza quindi individuarne il fondamento e l'oggetto.

Si noti che la ricorrente non ha provveduto a precisare le proprie domande alla prima udienza, come ben avrebbe potuto fare, a seguito del rilievo di parte resistente, cosicché la conseguenza di tale inerzia e delle superiori considerazioni non può che essere il rigetto delle medesime e la irrilevanza delle richieste istruttorie avanzate.

Regime delle spese

Le spese di lite vanno compensate tra le parti, in applicazione del disposto dell'articolo 88 c.p.c., dovendosi ritenere contrario al dovere di lealtà e probità il comportamento processuale della resistente consistito nel riportare in maniera incompleta i passi salienti delle decisioni in punto di competenza per materia dell'*ombudsman* bancario citate, al fine evidente di prospettarle come a sé favorevoli e quindi di fuorviare il giudicante sul punto.

P.Q.M.

il Giudice Unico del Tribunale di Verona, definitivamente pronunciando, ogni diversa e ulteriore eccezione e difesa disattesa e respinta, rigetta le domande di parte ricorrente e, visto l'art. 88 c.p.c., compensa tra le parti le spese del giudizio.

Azione del socio investitore contro la Banca
Competenza del tribunale delle imprese o della sezione ordinaria?

Carlo Mancuso
(Ricercatore di Diritto processuale civile nell'Università di Salerno)

Abstract The author comments on a recent decision of the Court of Verona concerning the powers of the "court of businesses " in a case of purchase by an investor partner, of bonds convertible into shares of the bank. Starting from the case decided by the judgment in question, the discussion highlights some problematic aspects related to the different nature of the ordinary court and the court of businesses.

Keywords Determinazione della competenza sulla domanda proposta dal socio investitore nei confronti di una banca popolare. Utilizzo del criterio di cui all'art. 10 c.p.c.. Competenza del tribunale delle imprese. Esclusione.

1 La vicenda

Il socio di una banca popolare propone ricorso *ex* art. 702 *bis* c.p.c. innanzi al Tribunale di Verona, lamentando la violazione degli obblighi previsti dal Testo unico della finanza al momento della conclusione di una operazione di investimento in obbligazioni convertibili in azioni del medesimo istituto bancario; chiede, pertanto, disporsi la ricostituzione del proprio deposito titoli, in uno alla condanna della banca al risarcimento dei danni subiti.

Costituitasi in giudizio, la resistente – ritenendo le domande formulate dal socio investitore rientranti nella previsione dell'art. 3, co. 2, lett. *a)* e lett. *b)*, del d.lgs n. 168/2013 – eccepisce, in via preliminare, l'incompetenza per materia del giudice adito in favore della sezione specializzata in materia di impresa del Tribunale di Venezia, nonché l'incompetenza per territorio in favore del Tribunale di Treviso; nel merito, l'infondatezza della domanda. L'ordinanza che definisce il giudizio supera tutte le preliminari eccezioni in rito, rigettando nel merito la domanda, perché infondata.

Dalle questioni trattate nel provvedimento si traggono interessanti spunti di riflessione, in tema di competenza delle sezioni specializzate in materia di impresa.

2 Il Tribunale delle imprese. Evoluzioni giurisprudenziali e normative

Il d.lgs. 27 giugno 2003, n. 168, così come novellato dal d.l. 24 gennaio 2012 (convertito in l. 24 marzo 2012, n. 27)[1], ha istituito il c.d. Tribunale delle imprese, ovvero sezioni specializzate di Tribunale e di Corte di appello create presso un numero ridotto di uffici giudiziari sull'intero territorio nazionale, caratterizzate da un ambito di competenza per materia riconducibile a quattro grandi categorie: diritto industriale, diritto *antitrust*, rapporti societari ed, infine, cause connesse alle precedenti. Tutto ciò, con il prioritario obiettivo di individuare una sorta di "corsia preferenziale" per una celere decisione di quelle controversie relative a società di medio-grandi dimensioni ritenute particolarmente rilevanti e tentare, così, di ridurre quella lentezza cronica della giustizia civile, generalmente individuata come concausa del limitato incremento dell'economia italiana[2].

L'art. 2 di detta normativa ha attribuito alle sezioni specializzate in materia di impresa la competenza a decidere – oltre che le controversie già in precedenza assegnate alle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale[3], ivi comprese quelle in materia di diritto d'autore e di *antitrust*[4] – le

1 Il d.lgs. 27 giugno 2003, n. 168 aveva istituito le sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale, poi sostituite dalle sezioni specializzate in materia di impresa

2 In questo senso, Santagada, *La competenza per connessione delle sezioni specializzate per l'impresa*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2014, p. 1362 ss.; per una più ampia analisi, Santagada, *Sezioni specializzate per l'impresa, accelerazione dei processi e competitività delle imprese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 1270 ss.; Graziosi, *Dall'arbitrato societario al tribunale delle imprese: a dieci anni dalla riforma del diritto societario, Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 95; Carpi *La specializzazione del giudice come fattore di efficienza della giustizia civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 1010 ss.; Verde, *Il giudice fra specializzazione e diritto tabellare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 140 ss.

3 Le sezioni specializzate in materia di impresa sono competenti a conoscere: le controversie di cui all'art. 134 del d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, con l'esclusione delle azioni di merito e cautelari per le quali è prevista la competenza esclusiva del Tribunale Unificato dei Brevetti; le controversie nelle materie disciplinate dagli artt. 64, 65, 98 e 99 del d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30; le controversie in materia di indennità di espropriazione dei diritti di proprietà industriale, di cui conosce il Giudice ordinario; le controversie che abbiano ad oggetto i provvedimenti del Consiglio dell'ordine di cui al capo VI del d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, di cui conosce il Giudice ordinario; le controversie in materia di diritto d'autore; le controversie di cui all'art. 33, co. 2, della l. 10 ottobre 1990, n. 287; le controversie relative alla violazione della normativa *antitrust* dell'Unione europea.

4 Cass., 14 giugno 2010, n. 14251, in *Riv. dir. ind.*, 2010, II, p. 483: la competenza delle sezioni specializzate di proprietà industriale, in base all'art. 134 del d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, si estende anche alla cognizione delle controversie in materia di concorrenza sleale, con esclusione soltanto delle fattispecie che non interferiscono neppure indirettamente con l'esercizio dei diritti titolati, dovendo siffatta esclusione ravvisarsi unicamente nelle ipotesi in cui, alla luce delle progettazioni delle parti, non sussista alcuna sovrapposizione tra la fattispecie legale concorrenziale dedotta in causa e la eventuale pretesa sui diritti di

controversie intrasocietarie[5] relative a rapporti societari, tra cui quelli concernenti l'accertamento, la costituzione, la modificazione o l'estinzione degli stessi, le azioni di responsabilità da chiunque promosse contro i componenti degli organi amministrativi o di controllo, il liquidatore, il direttore generale ovvero il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, nonché contro il soggetto incaricato della revisione contabile per i danni derivanti da propri inadempimenti o da fatti illeciti commessi nei confronti della società che ha conferito l'incarico e nei confronti dei terzi danneggiati.

A chiusura del sistema[6] il legislatore, onde consentire la realizzazione del *simultaneus processus,* ha individuato nel novero delle competenze demandate al Tribunale delle imprese tutte le altre cause che presentano ragioni di connessione[7] con le materie di loro competenza esclusiva[8].

proprietà industriale, e restando così affidata al giudice non specializzato solo la cognizione delle controversie di concorrenza sleale c.d. "pura", in cui la lesione dei diritti riservati non costituisca, in tutto o in parte, elemento costitutivo della lesione del diritto alla lealtà concorrenziale, da valutarsi, quindi, sia pure *incidenter tantum*, nella sua sussistenza e nel suo ambito di rilevanza, tale da giustificare la competenza generalizzata delle sezioni specializzate.

5 La legge limita l'estensione soggettiva della competenza delle sezioni specializzate alle società per azioni, alle società in accomandita per azioni, e alle società a responsabilità limitata, alle imprese cooperative e mutue assicuratrici, alle società europee di cui al Regolamento (CE) n. 2157/2001, alle società cooperative europee di cui al Regolamento (CE) n. 1435/2003, nonché alle stabili organizzazioni nel territorio dello Stato delle società costituite all'estero, ovvero alle società che rispetto alle stesse esercitano o sono sottoposte a direzione e coordinamento.

6 Casaburi, *La tutela della proprietà industriale e il tribunale delle imprese*, in *Dir. ind.*, 2012, p. 520 utilizza l'espressione «clausola di chiusura espansiva».

7 Cass., 3 agosto 2016, n. 16272 riconosce la competenza delle sezioni specializzate in materia d'impresa in ipotesi di azione di accertamento della responsabilità contrattuale di una società, qualora venga dedotta la condotta abusiva ed anti-concorrenziale della stessa, vista la connessione con le azioni di accertamento della violazione della normativa *antitrust*; tra i giudici di merito, Trib. Torino, 23 ottobre 2013 riconosce la competenza del tribunale delle imprese in caso di azione di condanna al pagamento dei canoni insoluti e della somma dovuta a titolo di occupazione illegittima dell'immobile del socio di cooperativa edilizia soggetto ad una delibera di esclusione.

In senso contrario, Cass., 4 novembre 2015, n. 22584 escluse la sussistenza di ragioni di connessione in caso di azione di accertamento di atti di concorrenza sleale cd. pura con domanda di risarcimento del danno fondata su ipotesi di abuso di dipendenza economica di un'impresa da un'altra *ex* art. 9 della l. n. 192/1998, ritenendola una azione avente natura contrattuale - avulsa rispetto al concetto di abuso di posizione dominante *ex* art. 3 della l. n. 287/1990.

8 Santagada, *La competenza per connessione delle sezioni specializzate per l'impresa*, cit., p. 1362 giudica tale attrazione per connessione non coerente con la vocazione specialistica di tali sezioni; osserva Tenaglia, *L'istituzione del Tribunale delle imprese*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 80 che l'aver affidato alle sezioni specializzate per l'impresa materie così eterogenee, il cui elemento unificante è solo un alto tasso di tecnicismo, si riflette inevitabilmente sulla specializzazione del giudice che si intende perseguire; in senso conforme anche Sena, *Sezioni specializzate*, in *Riv. dir. ind.*, 2012, p. 114 ss. In dottrina, sempre sul tema della

In una lettura costituzionalmente orientata della nuova disciplina normativa, deve ritenersi che la nuova norma abbia introdotto ipotesi speciali di modificazione della competenza per ragioni di connessione, determinando un'attrazione a favore delle sezioni specializzate anche di cause che, se non fossero connesse a quelle di loro competenza, non gli sarebbero attribuite[9]. Trattasi di fattispecie di competenza per materia inderogabile e destinate a prevalere su tutti i criteri che attribuiscono i procedimenti connessi alla competenza per materia o per territorio di altro giudice[10]; a prescindere dalle critiche relativamente alla contraddittorietà con i principi ispiratori della riforma, volta a creare un giudice che avesse competenze specifiche e settoriali delle materie trattate[11].

La previsione riferita al "rapporto societario", proprio perché individua un'intera materia, ha giustificato, da parte della Corte di legittimità, una lettura praticamente omnicomprensiva delle controversie che dal rapporto emanano, sviluppatasi in una generale propensione ad ampliare il novero delle controversie destinate alla cognizione del Tribunale delle imprese[12].

connessione, v. Giussani, *L'attribuzione delle controversie industrialistiche alle sezioni per l'impresa*, in *Proc. ind.*, 2012, p. 4 ss.; Graziosi, *op. cit.*, p. 77 ss.; Caporusso, *Le cd. novità del Tribunale delle imprese*, in *Pers. merc.*, p. 150 ss.; Balena, *L'istituzione del Tribunale delle Imprese*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, p. 339 ss.; Casaburi, *op. cit.*, p. 516 ss.; Ghidini, *Il tribunale delle imprese fra ragioni di connessione*, in *www.ildirittodegliaffari.it*, 22 gennaio 2016.

9 Cass., 21 novembre 2014, n. 24917.

10 In tal senso, Iuorio, *Il tribunale delle imprese*, in *www.judicium.it*, che richiama le opinioni di Celentano, *Le sezioni specializzate in materia di impresa*, in *Società* 2012, p. 814 ss.; Casaburi, *op. cit.*, p. 517 ss.; Tavassi, *Dalle sezioni specializzate della proprietà industriale e intellettuale alle sezioni specializzate dell'impresa*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 1116 ss.; Motto, *Gli interventi legislativi sulla giustizia civile del 2011 e 2012*, *www.judicium.it.*

11 A tanto aggiungasi anche l'evidente superfluità della previsione normativa relativa alla connessione, atteso che il codice di rito, alla sezione IV del capo I del titolo primo, disciplina espressamente le modifiche alla competenza del giudice adito, per ragioni di connessione. Sul punto, Iuorio, *loc. cit.*; per un'ampia analisi del problema della competenza per connessione del tribunale delle imprese, Santagada, *op. ult. cit.*, p. 1361 ss.

12 Tra le più recenti, Cass., 7 luglio 2016, n. 13956, in *Dir. e giust.*, 8 novembre 2016; in *Quot. Giur.* 18 luglio 2016, con osservazioni di Bonavera, *La competenza delle sezioni specializzate di impresa per le cause relative a rapporti societari*; in *Ilsocietario.it*, 18 gennaio 2017, con osservazioni di Gallo; Cass., 11 febbraio 2016, n. 2759, in *Quot. Giur.,* 22 febbraio 2016, con osservazioni di Satta, *Società per azioni: l'amministratore non è un dipendente*; Cass. 9 luglio 2015, n. 13469, in *Foro it*. 2015, I, c. 3876, con nota di Niccolini, *Competenza del tribunale delle imprese sulle controversie fra amministratori e società*: «la sezione specializzata in materia di impresa del tribunale è competente a pronunciarsi sulla controversia fra gli amministratori e la Srl concernente la revoca dalla carica».

Tra le decisioni di merito, v. Trib. Massa, 8 aprile 2016, in *www.ilcaso.it* ed in *Quot. giur.*, 7 giugno 2016, con nota di De Vita, *Società estinta e competenza delle sezioni specializzate in materia di impresa* fa rientrare nella competenza del tribunale delle imprese anche i giudizi in cui viene in rilievo una non più attuale permanenza del rapporto societario, sia in relazione ad un singolo socio, che all'intera società, sempre che riguardino una disputa sul modo di essere delle situazioni giuridiche soggettive conseguenti al venir meno del rap-

L'espressione "rapporti societari" richiamata dal secondo comma dell'art. 3 del d.lgs. n. 168/2003 deve, pertanto, intendersi in senso ampio, riferibile a tutte le controversie che traggono origine e fondamento nel contratto di società, ovvero quelle relative a rapporti tra soci, tra soci ed organi sociali e, più in generale, quelle endosocietarie, riguardanti i rapporti interni ed il funzionamento dell'organismo societario[13]. La stessa elencazione specifica dei tipi di controversie endosocietarie operata dalla normativa, deve giudicarsi di carattere esemplificativo, più che tassativo[14].

In sintesi, l'indagine sulla domanda ai fini dell'individuazione della competenza non può limitarsi esclusivamente alla *causa petendi* ed al *petitum* ma va estesa ad ogni fattispecie in cui rilevi l'accertamento dell'esistenza o inesistenza del rapporto *incidenter tantum,* ovvero dove l'oggetto della domanda sia indirettamente influenzato dalla soluzione di questioni societarie. Ciò significa che, anche quando il rapporto societario ha carattere pregiudiziale rispetto al *petitum*, o alla *causa petendi*, esso è da ricomprendere nelle previsioni di legge[15].

La tematica delle attribuzioni di compentenza delle diverse tipologie di controversie possibili tra società ed amministratore è stata a lungo oggetto di dibattito.

Ad oggi, l'orientamento maggioritario della giurisprudenza di legittimità considera il riferimento ai «rapporti societari» idoneo a includere nella competenza per materia attribuita al Tribunale delle imprese tutte le controversie tra la società ed i suoi amministratori, senza poter distinguere tra quelle che riguardano l'agire degli amministratori nell'espletamento del rapporto organico e i diritti che, sulla base dell'eventuale contratto che la società e l'amministratore abbiano stipulato, siano stati riconosciuti a titolo di compenso[16].

Alcuni tribunali di merito, in consapevole contrasto con la Corte di cas-

porto societario: nella specie, il ricorrente, nel chiedere l'accertamento delle ripercussioni dell'estinzione della società, in termini di devoluzione del patrimonio sociale tra società e soci, si sia surrogato *ex* `art. 2900 c.c.` per far sì che venga soddisfatto il suo credito nell'esecuzione già iniziata, vista l'inerzia dei debitori nel far valere le loro ragioni. E poiché il giudizio, per quanto promosso da un terzo rispetto alla società, ha comunque ad oggetto domande relative all'estinzione di un rapporto societario, è affermata la competenza delle sezione specializzata in materia di impresa.

13 In dottrina, relativamente alla enorme forza espansiva che contraddistingue le disposizioni in materia di competenza societaria; in senso ampio e per i numerosi richiami bibliografici *ivi* contenuti, cfr. anche Casaburi, *op. cit.*, p. 520.

14 Sul punto, in maniera più approfondita, Santagada, *Sezioni specializzate per l'impresa, accelerazione dei processi e competitività delle imprese*, cit., p. 14; Celentano, *op. cit.*, p. 819; Iuorio, *loc. cit.*

15 In questo senso, Sandulli, *La competenza del tribunale delle imprese in materia societaria*, in *Nuovo dir. soc.*, 2013, p. 8.

16 Da ultimo, Cass., 11 febbraio 2016, n. 2759, cit.

sazione, hanno affermato il principio secondo cui la *ratio* dell'istituzione della sezione specializzata risiede nella necessità di devolvere alla stessa le sole questioni strettamente incidenti sul rapporto societario, inteso nella sua struttura costitutiva, emergendo in tali cause un'indubbia specialità del giudizio; in tal senso hanno abbracciato un orientamento molto più restrittivo in sede di ripartizione delle competenze tra sezioni specializzate ed ordinarie[17].

Chi scrive ritiene più condivisibile la tesi maggioritaria. Essa trova significativa conferma innanzitutto nella formulazione testuale della norma stessa, atteso che il legislatore ha fornito un criterio identificativo generale («rapporti societari») riferibile alle relazioni che si istituiscono fra i soggetti dell'organizzazione sociale in dipendenza del contratto di società e delle situazioni determinate dallo svolgimento della vita sociale[18] e quindi anche ai rapporti tra i componenti dell'organo di gestione e la società. A tanto aggiungasi, sempre dal punto di vista terminologico, che l'espressione «ivi comprese» introduce l'indicazione di alcune controversie che non può ritenersi tassativa bensì meramente esplicativa, valendo a fornire un valido sussidio alla interpretazione di quella nozione generale, e quindi alla definizione dell'ambito oggettivo che essa è diretta a delineare, con l'inclusione in esso anche delle cause inerenti (al pari delle azioni di responsabilità) al rapporto tra la società ed il suo amministratore.

Rapporto che, del resto, è d'immedesimazione organica ed ha ad oggetto la gestione stessa dell'impresa sociale, costituita da un insieme variegato di atti (materiali, negozi giuridici ed operazioni complesse) del compimento dei quali l'amministratore risponde direttamente (anche) nei confronti dei terzi non essendo soggetto ad ingerenze o direttive altrui – neppure dell'assemblea – giuridicamente vincolanti in modo assoluto[19].

17 Tra le più recenti, Trib. Napoli, 11 novembre 2015, in *www.Ilsocietario.it*, 3 dicembre 2015, che ha affermato l'incompetenza delle sezioni specializzate in materia di impresa in ipotesi di controversia avente ad oggetto il mero pagamento del prezzo della cessione delle quote sociali, non essendoci alcuna questione in tema di accertamento, costituzione, estinzione o di altro titolo che incida, in ogni sua possibile forma, sul rapporto societario. Ciò che si ritiene possa rilevare ai fini della competenza è la controversia afferente alla struttura dei rapporti societari, mentre la causa avente ad oggetto il mero pagamento del prezzo della cessione non vi rientra, poiché non è controversa alcuna questione in tema di accertamento, costituzione, estinzione o di altro titolo che incida, in ogni sua possibile forma, sul rapporto societario; sempre in senso più restrittivo, Trib. Venezia, 16 gennaio 2016.

18 In riferimento alla analoga espressione contenuta nell'art. 2949 c.c., Cass., 25 settembre 2013, n. 21903.

19 Così, testualmente, in motivazione Cass., 7 luglio 2016, n. 13956, cit. In senso conforme, sempre con riferimento alle controversie fra società ed amministratore, Cass., 17 ottobre 2014, n. 22046, in *Società*, 2015, p. 815, con nota di Fanti: «I compiti che la società affida al suo amministratore riguardano la gestione stessa dell'impresa, costituita da un insieme variegato di atti materiali, negozi giuridici ed operazioni complesse, sicché, quand'anche taluni di questi atti ed operazioni possano compararsi all'attività di un prestatore d'opera,

In questo solco interpretativo si è inserito il legislatore, con l'intento di normativizzare un ulteriore allargamento della competenza delle sezioni specializzate. Ed infatti, dopo l'approvazione della Camera avvenuta il 10 marzo 2016 (2953-A), è oggi all'esame del Senato il disegno di legge Delega al Governo recante disposizioni per l'efficienza del processo civile, per la riforma organica del processo civile secondo parametri di maggiore efficienza e specializzazione (2284); l'obiettivo dichiarato è quello di prevedere, tra l'altro, anche l'ampliamento della competenza delle esistenti sezioni specializzate in materia di impresa, mantenendone invariato il numero sul territorio nazionale e modificandone la denominazione in quella di «sezioni specializzate per l'impresa e il mercato».

Al novellato Tribunale delle imprese (e del mercato), infatti, si intende attribuire le seguenti competenze, decisamente più ampie rispetto a quelle attuali: *a)* controversie in materia di concorrenza sleale, ancorché non interferenti con l'esercizio dei diritti di proprietà industriale e intellettuale e pubblicità ingannevole e comparativa illecita; *b)* azioni di classe; *c)* controversie sugli accordi di collaborazione nella produzione e lo scambio di beni o servizi tra società interamente possedute dai partecipanti ad un patto sociale; *d)* controversie societarie (di cui all'art. 3, co. 2, del d.lgs. n. 168/2003), anche relative a società di persone; *e)* controversie in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, rientranti nella giurisdizione del giudice ordinario.

3 Le sezioni specializzate in materia di impresa, tra rapporti di competenza o divisione tabellare

Pur non essendo esplicitamente affrontato nella decisione in esame, sembra opportuno dare conto della questione (preliminare) esistente in dottrina e giurisprudenza sulla natura della distribuzione delle controversie tra sezioni specializzate in materia d'impresa e giudice ordinario.

Si discute, cioè, se l'assegnazione di una causa alla sezione specializzata in materia d'impresa debba essere considerata una mera ripartizione degli affari all'interno del singolo ufficio giudiziario[20] o se, invece, sia riconducibile ad una questione di competenza in senso tecnico, alla stregua di quella che può sorgere nei rapporti con altri uffici giudiziari.

Le conseguenze della scelta ermeneutica sono concretamente rilevanti.

Configurare i rapporti tra le diverse sezioni in termini di competenza,

il rapporto che intercorre tra amministratore e società non può essere equiparato, in ragione del rapporto di immedesimazione organica tra essi esistente, a quello derivante dal contratto d'opera, intellettuale o non intellettuale».

20 Graziosi, *op. cit.*, p. 103.

determina la rilevabilità della questione nelle forme e nei modi dell'art. 38 c.p.c. – con il rischio, tra l'altro, che la tardività dell'eccezione, unitamente al mancato rilievo d'ufficio, vada a consolidare una competenza eventualmente errata[21] – e la conseguente possibilità di impugnare la relativa decisione sulla ripartizione, attraverso il regolamento di competenza[22].

Diversamente, ritenere la decisione sulla spettanza di una causa ad una sezione specializzata per le imprese o ad altra ordinaria, come una mera articolazione interna degli uffici giudiziari, renderebbe la decisione stessa revocabile[23]; le parti, a loro volta, non avrebbero la possibilità di sollevare un'eccezione di incompetenza *ex* art. 38 c.p.c., dovendo semplicemente limitarsi a sollecitare l'esercizio del potere dovere del giudice e del capo dell'ufficio di rispettare le previsioni tabellari[24].

Il tema, pur essendosi manifestato già in vigenza delle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale, sembra essere destinato a rimanere di grande attualità a causa dei numerosi silenzi legislativi e di una giurisprudenza ed una dottrina non ancora consolidatasi in un orientamento uniforme[25].

Ed invero, già con l'istituzione delle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale, il legislatore non si era preoccupato di qualificare il rapporto delle stesse con il Tribunale o la Corte d'appello di appartenenza ed, in particolare, se dovessero o meno considerarsi come uffici giudiziari del tutto autonomi rispetto alle altre articolazioni ordinarie del Tribunale o della Corte di appello. Il silenzio è, di poi, continuato con la legge 24 marzo 2012, n. 27 che ha sostituito le sezioni in materia di proprietà intellettuale con quelle in materia d'impresa, senza però definire e regolamentare i rapporti tra le neo sezioni specializzate e quelle ordinarie del Tribunale.

Il contesto normativo appena descritto non ha affatto favorito una uniforme interpretazione giurisprudenziale e dottrinale, che si è così orientata verso due direzioni contrapposte.

Il primo indirizzo muove dal concetto secondo cui la sezione specializzata in materia di impresa non costituisce un ufficio autonomo rispetto al Tribunale di appartenenza e che, a differenza di altra sezione specializzata

21 Così Pilloni, *Dalle vecchie sezioni specializzate* in materia di proprietà industriale al nuovo *tribunale delle imprese per la competitività del processo civile, in Studium iuris*, 2012, p. 1237 ss.

22 Balena, *op. cit.*, p. 339 ss.

23 Santagada, *La competenza per connessione*, cit., p. 1374.

24 Così, testualmente, Santagada, *op. ult. cit.*, p. 1373.

25 Per un recente ed analitico studio della tematica in esame, Baccaglini, *Sezioni specializzate per l'impresa e competenza per materia*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 851 ss.

come quella agraria, è composta in egual maniera di quella ordinaria[26]. Ne consegue che la ripartizione delle funzioni tra le diverse sezioni del medesimo Tribunale non implica l'insorgenza di una questione di competenza, attenendo piuttosto alla distribuzione degli affari giurisdizionali all'interno dello stesso ufficio[27].

La decisione di attribuzione della vertenza alla sezione specializzata o a quella ordinaria, pertanto, non è impugnabile con regolamento di competenza *ex* art. 42 o 43 c.p.c., trattandosi di una mera questione tabellare di riparto degli affari all'interno dell'organo giudiziario e, come tale, di esclusiva rilevanza amministrativa, censurabile solo da parte del capo dell'ufficio[28]. Tra l'altro, secondo tale orientamento, una formale dichiarazione di incompetenza, ancorché con ordinanza, comporterebbe un irragionevole appesantimento processuale, con necessità di riassunzione della causa, senza che ciò costituisca per alcuna delle parti maggiore garanzia o tutela[29].

La tesi contrapposta, invece, identifica le sezioni specializzate per l'impresa come organismi giudiziari indipendenti rispetto all'ufficio giudiziario in cui sono incardinate e soprattutto organismi dotati di autonoma potestà giurisdizionale[30]; ne deriva la qualificazione del rapporto con le sezioni ordinarie dell'ufficio presso cui sono istruite come questione di competenza in senso tecnico[31].

26 Cass., 20 settembre 2013, n. 21668 e, da ultimo, Cass., 23 maggio 2014, n. 11448.

27 Di recente, Cass., 19 maggio 2016, n. 10332; Cass., 15 giugno 2015, n. 12326, secondo cui una sezione ordinaria del tribunale non è incompetente a trattare una causa che, secondo l'art. 134 codice della proprietà industriale andrebbe assegnata alla sezione specializzata dello stesso tribunale istituita ai sensi del d.lgs. 21 giugno 2003, n. 168.

28 Così Cass., 22 novembre 2011, n. 24656, in *Foro it.*, 2012, I, c. 95. Nel senso che non riguardano una questione di competenza in senso tecnico le questioni relative la ripartizione degli affari tra le sezioni lavoro e le altre sezioni del medesimo ufficio giudiziario, Cass., sez. un., 7 febbraio 1994, n. 1238, in *Foro it.,* 1994, I, c. 1401.

29 Così in motivazione, testualmente Trib. Milano, 13 aprile 2010, in *Dir. ind.*, 2011, p. 231, con nota di Ciccone, *op. cit.*; sempre tra la giurisprudenza di merito, in senso conforme, anche Trib. Milano, 13 luglio 2006, in *Dir. ind.*, 2006, p. 582; Trib. Torino 24 aprile 2008, in *Foro it.*, 2009, I, c. 1285.

30 In dottrina, in maniera conforme, Tavassi, *op. cit.*, p. 1115 ss.; Iuorio, *loc. cit.*; Graziosi, *op. cit.*, p. 103; Balena, *op. cit.*, p. 339, ritiene la configurazione del rapporto come competenza una vera e propria deroga, rispetto al principio secondo il quale la competenza non dovrebbe riguardare rapporti interni allo stesso ufficio.

31 Graziosi, *op. cit.*, p. 105; Celentano, *op. cit.*, p. 825 ss. In giurisprudenza, Cass., 25 settembre 2009, n. 20690, in *Dir. ind.*, 2010, p. 50, con nota di Casaburi, *Sezioni specializzate, Sezioni ordinarie e devoluzione delle controversie industrialistiche*; Cass., 19 giugno 2008, n. 16744, in tema di competenza delle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale, differenzia l'ipotesi in cui si profili una questione di concorrenza sleale "pura", esulante dalla competenza delle sezioni specializzate; Cass., 13 marzo 2007, n. 5829 e Cass., 7 ottobre 2004, n. 19984; Trib. Venezia, 30 aprile 2008, in *Foro it.*, 2008,

Si ritiene, cioè, che la competenza del Tribunale delle imprese sia di tipo c.d. esterno e, pertanto, dia luogo ad una vera e propria questione di competenza e non di mera ripartizione interna degli affari[32].

Gli argomenti, sicuramente condivisibili, che depongono a sostegno di questa tesi sono diversi[33].

Innanzitutto, dal punto di vista terminologico, la circostanza che il legislatore qualifica come «specializzate» le sezioni che compongono il Tribunale delle imprese, con un aggettivo che è, significativamente, quello utilizzato dall'art. 102, co. 2, Cost. e che connota anche le sezioni cui sono affidate le controversie agrarie, le cui attribuzioni nel senso di competenza per materia in senso proprio sono pacifiche[34]. Sempre in ambito terminologico, il legislatore, nel delineare i compiti assegnati alle sezioni specializzate si riferisce a quelli attribuiti sotto il profilo della competenza, diversamente da quanto stabilito con riferimento al giudice del lavoro, al quale è riconosciuta un'autonoma funzione nell'ambito della competenza del Tribunale, in seguito all'istituzione del giudice unico di primo grado[35].

Per altro verso, la circostanza che le sezioni specializzate non sono dislocate presso ogni distretto, ma solo in alcuni di essi, rende evidente che il rapporto con le sezioni ordinarie non può essere rilevante unicamente all'interno del medesimo ufficio per le modalità di ripartizione di affari.

Sotto tale aspetto, potrebbe determinarsi un'intollerabile asimmetria del

I, c. 1733 ss.; Trib. Bologna, 22 giugno 2010, in *Dir. ind.*, 2011, p. 229, con nota di Ciccone, *Sezioni specializzate e sezioni ordinarie: questione di competenza o di ripartizione interna?*; più recentemente, Trib. Napoli, 10 marzo 2014; Cass., 23 settembre 2013, n. 21762; Cass., 18 maggio 2010, n. 1215; Cass., 14 giugno 2010, n. 14251, in *Dir. ind.*, 2011, p. 238. Tra le tante, sulla specifica questione, Cass., 13 marzo 2007, n. 5829; Cass., 26 luglio 2010, n. 17502; Cass., 16 luglio 2008, n. 19512.

32 Così Cass., 24 luglio 2015, n. 15619. In dottrina, in senso conforme, Tenaglia, *L'istituzione del Tribunale delle imprese*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 79; Iuorio, *loc. cit.*; Graziosi, *op. cit.*, p. 106 ss.; Celentano, *op. cit.*, p. 826 ss.

33 La dottrina che si uniforma a tale orientamento giurisprudenziale, fonda la propria convinzione sull'esigenza costituzionale di un processo rapido e di una celere definizione delle controversie industrialistiche: Ubertazzi, *Ancora sulla competenza delle Sezioni IP*, in *Dir. ind.*, 2011, p. 422 ss.; sul punto, in senso conforme, anche Santagada, *op. ult. cit.*, p. 1374; Vettori, *Il Tribunale delle imprese tra questioni di competenza e specializzazione*, in *Società*, 2012, p. 63 ss.

34 Il richiamato art. 102, co. 2, Cost., d'altro canto, prevede espressamente che le sezioni specializzate presso gli organi ordinari possano essere composte «anche» con la partecipazione di cittadini idonei estranei alla magistratura e non certo "solo" con tale partecipazione; il che vale ad escludere che le sezioni specializzate in materia di impresa possano essere differenziate da quelle agrarie solo perché composte solo da giudici togati. Ed invero, si tratta in entrambi i casi di sezioni costituite per legge, per far fronte alla complessità e difficoltà di determinate materie e per soddisfare l'esigenza di una spedita trattazione dei procedimenti affidati a tali sezioni.

35 Tra le altre, Cass., 24 luglio 2015, n.15619.

sistema, in cui la natura del rimedio muterebbe a seconda che la pronuncia di declinatoria di competenza sia emessa dal giudice del lavoro, o da altro giudice ordinario, a favore della sezione specializzata in materia di impresa, nell'ambito di un Tribunale presso il cui distretto non è dislocata alcuna sezione specializzata, ovvero in un Tribunale nel cui distretto tale sezione sia invece istituita; con la conseguenza che, nell'ultima ipotesi, si tratterebbe di ripartizione di affari nell'ambito di un unico ufficio e nella prima di questione opponibile con il rimedio del regolamento di competenza[36]. Ciò condurrebbe a privare le parti ed il giudice degli strumenti di cui agli artt. 42 ss. c.p.c., soltanto in alcuni casi e non in altri sostanzialmente equiparabili, con palese violazione dei principi di cui agli artt. 3 e 24 Cost.

4 Determinazione della competenza in base al contenuto della domanda giudiziale

Il Tribunale di Verona, una volta implicitamente valutata l'eccezione sollevata dall'istituto bancario come "questione di competenza" *ex* art. 38 c.p.c., pone a fondamento della propria decisione il consolidato principio giurisprudenziale secondo il quale anche la competenza per materia si determina in base alla prospettazione fornita dall'attore nella domanda, ai sensi e per gli effetti del disposto dell'art. 10 c.p.c.

Le sezioni unite della Suprema Corte, consolidando un duraturo orientamento delle singole sezioni[37], hanno di recente affermato che il principio specificamente fissato dalla richiamata norma codicistica, in relazione alla competenza per valore, deve ritenersi espressione di una regola generale valevole per tutti i tipi di competenza e quindi anche di quella per territorio[38].

La sussistenza dei presupposti per l'individuazione del giudice *naturaliter* deve essere desunta sulla base della prospettazione attorea, senza che abbiano rilevanza a tal fine le contestazioni formulate dal convenuto e le diverse prospettazioni dei fatti da quest'ultimo avanzate, dovendosi tenere separate le questioni concernenti il merito della causa da quelle relative alla competenza. Si considerano, cioè, irrilevanti sia la valutazione sulla fondatezza nel merito della domanda attorea, sia le eventuali eccezioni del convenuto, le quali possono, al più, costituire fonte (residuale) di ulteriore

36 Così, testualmente, Cass., 24 luglio 2015, n. 15619, cit.

37 Cass., 9 maggio 1983, n. 5755; Cass., 11 gennaio 1990, n. 33; Cass., 27 gennaio 1998, n. 789; Cass., 12 ottobre 2004, n. 20177. In virtù di quanto innanzi, Cass., 22 maggio 2003, n. 8121 stabilisce che, con riguardo ad obbligazioni aventi ad oggetto somme di denaro, rientrano nella previsione dell'art. 1182, co. 3, c.c. quelle che siano come tali indicate dall'attore, mentre il diverso e successivo problema della sussistenza di esse attiene al merito.

38 Cass., sez. un., 6 novembre 2014, n. 23675.

convincimento del giudice ove sussista incertezza circa gli elementi della domanda, o qualora vi sia il sospetto di una pretestuosa preordinazione della domanda attorea al fine di radicare una indebita competenza[39].

In altri termini, l'individuazione dell'organo giudicante competente deve essere operata in base al contenuto della domanda formulata: il giudice deve limitarsi ad interpretare il contenuto obbiettivo della *deductio* su cui verte la controversia, prescindendo da ogni indagine sull'esistenza della obbligazione medesima, che attiene invece alla decisione di merito, e senza che sulla questione possa influire l'eccezione del convenuto che neghi l'esistenza della obbligazione[40]; tanto ad eccezione di quei casi in cui la prospettazione dell'attore appaia *prima facie* artificiosa e finalizzata soltanto a sottrarre la cognizione della causa al giudice predeterminato per legge[41].

Seguendo l'*iter* logico di cui sopra, la suprema Corte ha avuto modo anche di andare oltre, affermando il principio secondo cui l'indicazione del valore della causa, riportata in calce all'atto di citazione ai fini della determinazione del contributo unificato dovuto per legge[42], avendo finalità esclusivamente fiscale, non ha alcun effetto su un momento strettamente inerente al processo, quale la determinazione del valore della controversia al conseguente fine di individuazione del giudice competente[43].

39 In tal senso, tra le decisioni di merito edite più recenti, Trib. Massa, 8 aprile 2016, cit.: il principio, valevole anche per la competenza per territorio, non può essere derogato dalle contestazioni del convenuto circa la sussistenza del rapporto, né dalla domanda riconvenzionale, che, a norma dell'art. 36 c.p.c., è conosciuta dal giudice competente per la causa principale, purché non ecceda la sua competenza per materia o valore.

40 Così, testualmente, Cass., 30 aprile 2005, n. 9013; in senso conforme, Cass., 22 febbraio 2010, n. 4184.

41 Cass., 17 maggio 2007, n. 11415.

42 La l. 23 dicembre 1999, n. 488, all'art. 9 – modificato dall'art. 1 del d.l. 11 marzo 2002, n. 28, convertito nella l. 10 maggio 2002, n. 91 (attualmente sostituito dalle disposizioni del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, *T.U. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia*) – ha innovato il precedente regime fiscale degli «atti e provvedimenti relativi ai procedimenti civili, penali e amministrativi e in materia tavolare», sopprimendo le imposte di bollo, la tassa di iscrizione a ruolo e i diritti di cancelleria e di chiamata dell'ufficiale giudiziario

43 Cass., 22 settembre 2015, n. 18732; in senso conforme, Cass. 20 dicembre 2007, n. 26988; Cass. 13 luglio 2007, n. 15714. L'irrilevanza della dichiarazione in parola a fini diversi da quelli fiscali è, peraltro, comprovata dal fatto che in caso di omissione e/o insufficienza del contributo non è prevista una sanzione di tipo processuale (l'improcedibilità, prima sancita dal comma 5, è stata significativamente soppressa dalla citata novella) ma solo l'attivazione della procedura amministrativa di recupero del contributo medesimo ad opera del cancelliere.

5 Attribuzione di competenza in caso di domanda proposta dal socio investitore, per violazione degli obblighi derivanti dal Testo unico della finanza

In tale panorama normativo e giurisprudenziale, una volta appurato che la valutazione sulla competenza del giudice adito va operata esclusivamente sulla base della domanda, così come espressamente formulata dall'attore, appare indubbio che, nella fattispecie in esame, sia stato correttamente adito il Tribunale ordinario.

Il socio azionista ha posto a fondamento della propria azione la violazione, da parte della banca, degli obblighi informativi e di adeguatezza dell'operazione di acquisto delle obbligazioni convertibili in azioni, nonché quello di astensione, previsti a suo carico dall'art. 21 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 98 (t.u.f.); l'attore ha cioè richiamato espressamente l'indubbia qualità di intermediaria erogatrice dei sevizi di investimento che la banca ha avuto nel caso di specie e, l'altrettanto indiscutibile, carattere di prodotto finanziario del obbligazioni acquistate.

A conforto di tale interpretazione non si rinvengono decisioni di merito edite, ma numerose recenti pronunce dell'*Ombudsman* bancario[44]; dalla lettura delle stesse, si rileva come l'organismo abbia risolto questioni identiche a quelle della fattispecie appena esaminata, avvalendosi dei richiamati principi di diritto.

Sono, infatti, numerose le declaratorie di inammissibilità del ricorso proposto dall'interessato non in qualità di cliente della banca, ma come socio o azionista della medesima e diretto nei confronti dell'intermediario non quale erogatore di servizi di investimento, ma quale società emittente delle azioni in questione; una domanda così formulata, infatti, riferendosi ad operazioni societarie, è estranea alla competenza dell'*Ombudsman*, avendo ad oggetto la valutazione in merito alla regolarità dell'operato della banca stessa rispetto a norme di diritto societario[45].

Di contro, la contestazione di idonea informativa in sede di sottoscrizione di titoli azionari o obbligazionari convertibili, determinando una violazione degli obblighi di correttezza e trasparenza sanciti a carico dell'intermediario[46], riguarda l'attività che la banca deve porre in essere

44 L'*Ombudsman* (giurì bancario) è un organismo di Adr cui possono – anzi, come subito si dirà nel testo, potevano – rivolgersi i clienti per risolvere gratuitamente le controversie entro i centomila euro, con le banche e gli intermediari finanziari, dopo aver presentato reclamo presso l'Ufficio Reclami della propria banca o intermediario finanziario.

45 Tra le tante, decisione 3 novembre 2015, ricorso n. 375/2015; decisione 3 novembre 2015, ricorso n. 377/2015.

46 Si contesta la violazione di quanto disposto dall'art. 21 t.u.f. e dalla Comunicazione CONSOB n. DIN/9019104 del 2 marzo 2009, rubricata «*Il dovere dell'intermediario di com-*

nella qualità di intermediatore finanziario; pertanto la relativa domanda giudiziale deve ritenersi idonea ad essere giudicata nel merito dall'*Ombudsman* bancario[47] e quindi altrettanto idonea ad essere trattata, in via giudiziale, dal Tribunale, secondo l'ordinario rito di cognizione.

Per completezza espositiva, va segnalato che a decorrere dal 9 gennaio 2017 l'*Ombudsman* non è più operativo, essendo stato sostituito dall'ACF (Arbitro per le Controversie Finanziarie), istituito presso la CONSOB dal d.lgs. n. 130/2015, in attuazione della direttiva comunitaria n. 2013/11/UE. Il nuovo organismo consiste anch'esso in un sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie, attivato però presso la CONSOB, che ne ha definito la regolamentazione e ne supporta l'operatività attraverso un proprio ufficio[48].

In definitiva e per quanto innanzi evidenziato, non può che condividersi la linea interpretativa del Tribunale di Verona e concludere che in tutte le ipotesi in cui il cliente abbia prospettato, quale ragione alla base della propria richiesta giudiziale, di agire nei confronti della banca quale intermediaria, deve necessariamente sussistere la competenza, in via di risoluzione stragiudiziale, del novello ACF presso la CONSOB e, in via giudiziale, del Tribunale ordinario, trattandosi di un vero e proprio rapporto di intermediazione finanziaria, che esula dalla materia societaria, di competenza del Tribunale delle imprese.

portarsi con correttezza e trasparenza in sede di distribuzione di prodotti finanziari illiquidi», che stabilisce puntuali obblighi di trasparenza *ex ante* quali, ad esempio, quello di indicare la scomposizione delle diverse componenti che concorrono al complessivo esborso finanziario sostenuto dal cliente per l'assunzione della posizione nel prodotto illiquido, nonché quello di indicare il valore di smobilizzo dell'investimento nell'istante immediatamente successivo alla transazione, ipotizzando una situazione di invarianza delle condizioni di mercato; obblighi informativi in merito a prodotti di analoga durata, liquidi e a basso rischio finalizzati a rendere possibile un confronto, nonché in merito alle modalità di smobilizzo delle posizioni sul singolo prodotto, ovvero in merito alle eventuali difficoltà di liquidazione connesse al funzionamento dei mercati di scambio e dei conseguenti effetti in termini di costi e tempi di esecuzione della liquidazione.

47 Decisione 16 novembre 2015, ricorso n. 487/2015; decisione 27 gennaio 2016, ricorso n. 653/2015

48 www.consob.it